JURIDICA

OBLIGAȚIILE ȘI RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

NOȚIUNI ELEMENTARE

GHEORGHE PIPEREA

ALL BECK

STUDII JURIDICE

Scanned with OKEN Scanner

OBLIGAȚIILE ȘI RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

- Noțiuni elementare -

Scanned with OKEN Scanner

OBLIGAȚIILE ŞI RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE
- Noțiuni elementare -

Gheorghe Piperea

Copyright © 1998 - **ALL BECK**
ISBN 973-9435-04-1

Toate drepturile sunt rezervate Editurii **ALL BECK**

Nici o parte din acest volum nu poate fi copiată fără permisiunea scrisă a Editurii **ALL BECK**
Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Copyright © 1998 by **ALL BECK**
All rights reserved.

The distribution of this book outside Romania, without the written permission of **ALL BECK** is strictly prohibited.

Editura **ALL BECK**

Bucureşti,
Bd. Timişoara nr. 58,
sector 6, cod 76548
☎ 413 11 58, 413 43 21
413 18 50, 311 07 44
Fax: 311 05 65

Departamentul difuzare

☎ 413 03 29, 413 44 75
413 16 12, 311 15 47

Redactor: Andreea Straub
Coperta: Dominic Cernea

PRINTED IN ROMÂNIA

Scanned with OKEN Scanner

GHEORGHE PIPEREA

OBLIGAȚIILE ȘI RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

- Noțiuni elementare -

La elaborarea lucrării a fost avut în vedere materialul documentar publicat până la data de 30 noiembrie 1998

ALL BECK

Scanned with OKEN Scanner

Colecția Juridica • *Editura* **ALL BECK:**

1. **Puterea lucrului judecat în materie civilă**
   Emesse Florian
2. **Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile**
   Valeriu Stoica
3. **Evicțiunea în contractele civile**
   Camelia Toader
4. **Amnistia și grațierea**
   Iancu Mândru
5. **Înscrisurile. Mijloace de probă în procesul civil**
   Florea Măgureanu
6. **Conflictul colectiv de muncă și greva**
   Viorel Florescu
   Constantin Tufan
7. **Regimul juridic al concurenței în dreptul comunitar**
   Octavian Manolache
8. **Mobilul și conduita criminală**
   Valerian Cioclei
9. **Contenciosul administrativ român**
   Valentin Prisăcaru
10. **Principiul egalității în dreptul românesc**
    Elena Simina Tănăsescu
11. **Contractul de asigurare de bunuri în România**
    Cosmin Iliescu
12. **Răspunderea comercială în dreptul comunitar**
    Octavian Florescu
13. **Minorul și legea penală**
    Ortansa Brezeanu
14. **Organizații internaționale neguvernamentale**
    Raluca Miga-Beșteliu

Scanned with OKEN Scanner

CUVÂNT ÎNAINTE

În luna iunie 1997 am fost invitat de KPMG - România să ţin un seminar despre responsabilitatea penală a administratorilor în dreptul nostru; seminarul face parte dintr-un training organizat de KPMG - România pentru administratorii, români sau străini, ai unor firme româneşti, precum şi pentru alte persoane interesate. Pe parcursul seminarului, care a avut un caracter mai degrabă colocvial şi la care am fost sprijinit de doi colegi şi prieteni, avocaţi americani, Valentin George şi Richard Hoover, am fost surprins să constat lipsa acută de informaţii şi de surse de informaţii despre obligaţiile şi răspunderea unui administrator de societate comercială în dreptul românesc, lipsă resimţită tocmai de cei cărora li se adresează reglementările în domeniu - administratorilor, managerilor societăţilor comerciale.

Având în vedere si alte două motive, respectiv, multitudinea situaţiilor în care administratorii îşi prejudiciază, din incompetenţă sau cu rea-credinţă, propriile societăţi, precum şi opinia greşită că legea română nu oferă suficiente pârghii de tragere la răspundere a acestor administratori, am decis elaborarea şi publicarea acestei lucrări.

Lucrarea nu este concepută cu pretenţia unei tratări exhaustive a problematicii obligaţiilor şi răspunderii administratorilor societăţilor comerciale. Este, însă, o încercare de clarificare a regimului juridic aferent, de precizare a obligaţiilor (unele generice, altele specifice unor tipuri de societăţi, cum sunt băncile, SVM-urile, societăţile de investiţii) şi răspunderile, de eliminare a unor confuzii (cum ar fi confuzia între membrii în Consiliul de Administraţie şi membrii în AGA societăţilor "de stat") şi interpretări greşite ale legii etc., toate acestea având la bază o exegeză şi o critică a legislaţiei noastre, a unor soluţii

Scanned with OKEN Scanner

jurisprudenţiale româneşti sau străine, făcând dese comparaţii cu legislaţia franceză, anglo-americană şi, uneori, germană. Ideea a fost ca, în măsura în care este posibil, această lucrare să contribuie, ca o sursă de informaţie monografică, la o mai bună înţelegere şi aplicare practică a regimului juridic analizat.

Autorul

Special thanks to: Valentin George, American attorney
Richard Hoover, American attorney

Scanned with OKEN Scanner

CUPRINS ANALITIC

Cap. I ASPECTE GENERALE. CADRUL LEGAL 1
1.1. Noţiunea administratorului. Diferitele accepţiuni ale termenului în legislaţia română. 1
1.2. Cadrul legal (sediul materiei) 8

Cap. II POZIŢIA ADMINISTRATORULUI ÎN CADRUL STRUCTURII FUNCŢIONALE ŞI DE ORGANIZARE A SOCIETĂŢII COMERCIALE. RAPORTURILE JURIDICE DINTRE ACESTA ŞI SOCIETATE 10
2.1 Persoanele care pot fi desemnate să exercite funcţia de administrator 10
2.1.1. Poate fi desemnat administrator fie o persoană fizică, fie o persoană juridică 10
A. Condiţii referitoare la persoanele fizice 12
B. Administratorul – persoană juridică 27
B. 1. Condiţii generale de numire 27
B. 2. Cazuri reglementate de legislaţia actuală 31
C. Categorii speciale de administratori 40
C.1. Administratorii societăţilor cu capital majoritar de stat; distincţia faţă de membrii în adunarea generală a acţionarilor în aceste societăţi 40
C.2. Membrii Consiliului de Administraţie al FPS. Natura juridică a FPS 48
C.3. Administratorii judiciari şi lichidatorii judiciari 52

Scanned with OKEN Scanner

2.1.2. Diferitele modalităţi de desemnare a administratorului 57
2.2. Natura raporturilor juridice ale administratorilor cu societatea comercială pe care o administrează ... 60
2.3. Obligaţiile administratorului. Atribuţiile (puterile) administratorului. Limitele acestor atribuţii 67
2.3.1. Raportul de mandat grefat pe alte raporturi juridice 67
2.3.2. Principalele obligaţii 68
2.3.3. Obligaţiile specifice administratorilor societăţilor care acţionează pe piaţa valorilor mobiliare 78
2.3.4. Atribuţiile (puterile) administratorului 83
A.Atribuţia de gerare şi atribuţia de reprezentare 83
B.Atribuţii delegate de adunarea generală 88
2.3.5. Limitele atribuţiilor (puterilor) administratorului. Efectele depăşirii acestor limite 99
A. Dreptul comun 99
B. Reguli specifice 102
B.1. Limitări prevăzute de lege 102
a) limitări impuse de obiectul de activitate al societăţii 102
b) limitări rezultând din prevederi speciale ale legii 110
B.2. Limitări ce decurg din ierarhia organelor statutare şi din competenţele legale diferite ale acestora 112
B.3. Limitări impuse de actul constitutiv, de hotărâri ale adunării generale sau prin decizii ale consiliului de administraţie (limitări statutare) 116
B.4. Limitări ce decurg din obligaţia administratorului de a urmări satisfacerea interesului social 120
2.4. Încetarea raporturilor juridice ale administratorului cu societatea 129

Scanned with OKEN Scanner

2.4.1. Funcţia de administrator este esenţialmente temporară 129
2.4.2.Cauzele de încetare a funcţiei de administrator..... 132
2.4.3. Revocarea administratorului..... 134
2.4.4. Revocarea managerului..... 140
2.4.5. Încetarea raporturilor juridice dintre societatea de administrare a investiţiilor şi societatea de investiţii colective pe care o administrează 142
2.4.6. Revocarea mandatului este o formă de răspundere a administratorului 142

Cap. III RĂSPUNDEREA JURIDICĂ A ADMINISTRATORULUI 147
Subcap. I. Noţiuni generale despre răspunderea juridică 147
Subcap. II. Răspunderea civilă 152
2.1 Natura juridică a răspunderii civile a administratorului 152
2.2. Răspunderea civilă a administratorului faţă de societate 163
2.3. Răspunderea civilă a administratorului faţă de terţi. 171
2.3.1. Răspunderea directă faţă de terţi are caracter de excepţie..... 171
2.3.2. Răspunderea pentru depăşirea limitelor mandatului..... 175
2.3.3. Răspunderea pentru faptele juridice detaşabile de funcţia de administrator 176
2.3.4. Răspunderea administratorului ca fidejusor al societăţii 176
2.3.5. Răspunderea administratorului direct faţă de asociaţi/acţionari..... 178
2.4 Răspunderea civilă a administratorului în caz de faliment al societăţii 182
2.4.1. Noţiunea de faliment al societăţii. Sfera persoanelor ţinute să răspundă pentru falimentul societăţii 182
2.4.2. Cazurile de răspundere..... 190

Scanned with OKEN Scanner

A. Acoperirea unei părţi din pasiv 190
B. Falimentul administratorului pentru deturnarea afacerilor societăţii în interes propriu 197
C. Societatea comercială fictivă 201
2.5 Cauzele de neräspundere 207
Subcap. III. Răspunderea penală 212
3.1. Noţiunea răspunderii penale 212
3.2. Răspunderea penală a administratorului 218
3.3. Consecinţele cumulului răspunderii penale cu răspunderea civilă a administratorului 223
3.4. Cauzele care înlătură sau exclud răspunderea penală. Consecinţele acestora relativ la răspunderea civilă 227
3.4.1. Reglementare 227
3.4.2. Aspecte specifice 227
3.4.3. Consecinţele relative la răspunderea civilă .. 232
3.5. Unele infracţiuni din legea societăţilor comerciale şi infracţiunea de concurenţă neloială .. 233
3.5.1. Infracţiuni din Legea 31/1990 233
3.5.2. Infracţiunea de concurenţă neloială 236
3.6. Consecinţele penale ale falimentului faţă de administratori 239
3.6.1. Reglementare 239
3.6.2. Infracţiunea de bancrută frauduloasă 240
3.6.3. Pedepse complementare. Acţiunea civilă în procesul penal 246
Subcap. IV Răspunderea contravenţională 247
4.1. Specificul răspunderii contravenţionale a administratorului 247
4.2. Cazuri de răspundere 249
4.2.1. Răspunderea contravenţională directă (personală) 249
4.2.2. Regresul societăţii pentru plata amenzii 252

Scanned with OKEN Scanner

CAPITOLUL I
ASPECTE GENERALE. CADRUL LEGAL

1.1. Noţiunea administratorului. Diferitele accepţiuni ale termenului în legislaţia română

1.1.1. Administratorul societăţii comerciale este organul operativ principal şi permanent al societăţii, elementul cel mai dinamic din structura funcţională şi de organizare a societăţii. Societatea comercială clasică este organizată ca structură funcţională, pe baza principiului ierarhiei şi separării atribuţiilor organelor sale componente. Aşa cum plastic arată Marek Hessel (în lucrarea "*Administrarea societăţilor pe acţiuni în economia de piaţă şi de tranziţie*", colectiv, coord. Marek Hessel, Ed. ALL, 1997, p. 13-14) structura societăţii comerciale pe acţiuni (cea mai completă şi mai organizată formă de societate comercială) se prezintă, păstrând proporţiile cuvenite, ca aceea a unei societăţi umane organizate în stat: adunarea generală a acţionarilor, organul de deliberare şi decizie al societăţii este echivalentul parlamentului, care face legile în stat; consiliul de administraţie, organul executiv al societăţii, mandatat cu îndeplinirea obiectului de activitate al societăţii şi a deciziilor adunării generale, este echivalentul administraţiei publice, care organizează executarea şi execută legile, iar toate aceste organe sunt chemate să răspundă faţă de acţionari, aşa cum organele statului sunt responsabile faţă de alegători; competenţele fiecăruia sunt separate şi exclusive, fără a fi, însă, exclus un control reciproc.

Scanned with OKEN Scanner

Deşi în raport cu administratorul, adunarea generală şi organele de control au puteri foarte întinse (putând, între altele, să-l revoce sau să-l acţioneze în răspundere pe administrator), totuşi, aceste organe au un rol mai degrabă static, de supraveghere, aprobare sau dezaprobare a activităţii administratorului. Adunarea generală a asociaţilor, deşi are îndrituirea de a lua decizii obligatorii pentru administratori, nu are şi iniţiativa, capacitatea şi mobilitatea necesară încheierii operaţiunilor curente ce fac obiectul de activitate al societăţii.

Locul administratorului în cadrul structurii de organizare a societăţii este bine delimitat, dar în societăţile comerciale moderne - şi, mai ales, în cele cu un număr mare de asociaţi - adevărata putere de decizie se concentrează în mâinile administratorilor (profesionişti), care stabilesc politica economică a societăţii, adunarea generală nefăcând altceva decât să o aprobe mecanic. Dat fiind şi faptul că, în societăţile mari pe acţiuni, acţionarii minoritari sunt mai degrabă ***investitori***, interesaţi în a culege dividende cât mai însemnate, şi ***mai puţin asociaţi***, ghidaţi de ideea de a desfăşura în comun o activitate profitabilă (*affectio societatis*), intervenţia adunării generale a asociaţilor devine cu atât mai puţin necesară, mai inoportună, cu cât societatea e mai bine condusă de administratorii săi. Profesionalismul şi onestitatea administratorilor îşi pun amprenta pe rezultatele oricărei activităţi a societăţii comerciale. În societăţile moderne, datorită apariţiei valorilor mobiliare şi a instituţiilor publice ori private aferente, acţionariatul tradiţional, dispersat, dezorganizat şi incompetent este, puţin câte puţin, înlocuit de investitori care urmăresc rentabilitatea plasamentelor lor şi care ***nu ezită să sancţioneze o administraţie mediocră sau incompetenţă prin vânzări masive şi imediate de acţiuni ori prin revocarea administratorilor.***[1]

[1] YVES GUYON, "*Droit des affaires*", tome I (*Droit commercial général et sociétés*), 9e edition, Economica, Paris, 1996, p.753.

Scanned with OKEN Scanner

O recentă reglementare (Ordonanţa de Urgenţă nr. 20/1998 privind constituirea şi funcţionarea fondurilor cu capital de risc) permite societăţilor comerciale să-şi desemneze administratori recrutaţi dintre profesionişti organizaţi în *societăţi specializate de management.*

Deşi, conform tradiţiei organiciste, administratorul exprimă (exercită) şi execută voinţa colectivă (concretizată în decizii ale adunării generale a asociaţilor), s-a observat încă din perioada interbelică faptul că administratorii societăţilor mari elaborează ei înşişi "voinţa colectivă", care devine a societăţii, cel puţin datorită faptului că, în cadrul atribuţiilor lor de organizare a adunărilor generale ale asociaţilor, elaborează atât documente contabile (bilanţ, cont de profit şi pierderi), strategii, politici economice, cât şi uneori (chiar) procesul-verbal constatator al deciziei adunării generale, asociaţii nefăcând decât să le confirme. Practic, se observă o tendinţă accentuată de trecere de la adunarea generală a asociaţilor la consiliile de administraţie, a atribuţiilor ce ţin de orientarea economică şi de piaţă a societăţii, dat fiind faptul că mediul afacerilor devine tot mai profesionalizat şi mai dinamic, pentru aceasta fiind necesar ca deciziile de factură economică şi comercială să fie concentrate în cât mai puţine mâini, pentru a fi cât mai dinamice.

Legiuitorul a trebuit să răspundă acestei tendinţe, introducând unele reglementări care să permită asociaţilor să decidă delegarea unora dintre atribuţiile adunării generale la administratori. Astfel, Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale[1], permite acţionarilor delegarea unora dintre atribuţiile adunării generale extraordinare la administratori, respec-

[1] Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale a fost republicată în M. Of. nr. 33/29.01.1998, dându-se textelor o nouă numerotare. Legea nr. 31/1990 a fost modificată prin Ordonanţa de Urgenţă nr. 32/1997 (M. Of. nr. 133/27.06.1997), care, la rândul său, a fost aprobată cu unele modificări şi completări, prin Legea nr. 195/1997 (M. Of. nr. 335/28.11.1997). În cuprinsul prezentei lucrări, Legea societăţilor comerciale poate apare şi sub denumirea de "Legea nr. 31/1990", fără altă adăugire sau "Legea nr. 31/1990, republicată".

Scanned with OKEN Scanner

tiv: mutarea sediului social, schimbarea obiectului de activitate al societăţii, mărirea capitalului social, reducerea sau reîntregirea sa (prin emitere de noi acţiuni), conversia acţiunilor dintr-o categorie în cealaltă (art. 114 cu trimitere la art. 113 lit. b, c, e, f şi i din Legea nr. 31/1990). Această decizie poate fi luată în adunarea generală extraordinară[1], iar delegarea de atribuţii poate fi în favoarea fie a administratorului unic, fie a consiliului de administraţie.

În orice caz, administratorul imprimă voinţei colective (fără a i se substitui) o pronunţată tentă personală.

Administratorul este purtătorul voinţei colective, care se exprimă prin puterile sale de administrare şi reprezentare.

Admiţând că administrarea, ca operaţiune juridică, presupune exercitarea atribuţiilor de posesie, folosinţă şi dispoziţie asupra fondului de comerţ şi asupra celorlalte elemente din patrimoniul societăţii, cât şi săvârşirea de acte de conservare, administrare şi dispoziţie în legătură cu aceste bunuri, că administrarea societăţii este, prin urmare, o formă de exercitare a atribuţiilor dreptului de proprietate socială[2] putem spune că administratorul este acel organ din structura funcţională şi de organizare a societăţii care poate face toate operaţiunile cerute de aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii, afară, bineînţeles, de restricţiile arătate în contractul de societate sau în lege. De altfel, această concluzie rezultă şi din art. 70 alin.1 din Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale ("Administratorii pot face toate operaţiile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului societăţii, afară de restricţiile arătate în actul constitutiv").

---

[1] Deşi textul art. 114 ar putea duce la o concluzie contrară (într-o interpretare literală) din spiritul noii reglementări reiese şi posibilitatea ca această decizie de delegare de atribuţii să poată fi luată chiar la constituire, de adunarea constitutivă.

[2] Vezi CORNELIU BÎRSAN, VASILE DOBRINOIU, Al. ŢICLEA, MIRCEA TOMA, CONSTANTIN TUFAN: "*Societăţile comerciale - Organizarea, funcţionarea, răspunderea, obligaţiile fiscale*", Casa de Editură şi presă "Şansa" SRL, Bucureşti, 1995, vol. I, p. 128.

Scanned with OKEN Scanner

1.1.2. În legislaţia noastră, noţiunii de administrator i se subsumează mai multe conotaţii: administrator de drept şi administrator de fapt (această din urmă noţiune este folosită în Legea nr.52/1994 privind valorile mobiliare şi bursele de valori, art. 112 alin.1, în legătură cu reglementarea unor contravenţii pentru săvârşirea cărora poate fi sancţionată societatea, dar şi administratorii de drept sau de fapt), preşedinte al consiliului de administraţie, directori executivi, manageri (Legea nr. 66 din 1993 privind contractul de management), organe ale societăţii (art. 35 din Decretul nr. 31/1954 privind persoanele fizice şi persoanele juridice), conducători (art. 3 lit. h din Legea bancară nr. 58/1998). În cele ce urmează, cu excepţia unor cazuri specifice în care se impun precizări, vom folosi termenul de "administrator" cu intenţia de a acoperi toate aceste accepţiuni.[1]

Societatea poate avea un ***administrator unic*** sau o pluralitate de administratori, organizaţi sau nu în ***consiliu de administraţie*** (în societăţile pe acţiuni, când sunt mai mulţi administratori, aceştia se organizează obligatoriu în consiliu de administraţie; în celelalte tipuri de societate, organizarea administratorilor într-un consiliu de administraţie este doar facultativă, la latitudinea asociaţilor (care vor putea să decidă că administratorii "vor lucra împreună", cum reiese din art. 76 alin.1 teza I din Legea nr. 31/1990). În societăţile pe acţiuni, consiliul de administraţie poate delega o parte din atribuţiile sale unui ***comitet de direcţie***[2], ai cărui membri sunt, obligatoriu, şi membri în consiliul de administraţie (art. 140 din

[1] În dreptul francez se folosesc termenii de "dirigéant" pentru societăţile anonime, de "gérant" pentru societăţile de persoane şi cele cu responsabilitate limitată; la americani, pentru administratorul ordinar, membru al consiliului de administraţie, se foloseşte termenul "director" iar pentru administratorii executivi (profesionişti) pe acela de "manager". Managerul din dreptul american se apropie, ca regim juridic, de membrii comitetului de direcţie sau de directorii executivi din dreptul nostru, fără a se confunda cu nici una din aceste categorii.

[2] Remarcăm aici că, în dreptul francez, comitetul de direcţie este o creaţie a practicii, nefiind prevăzut în lege (doar Decretul nr. 67-236 din 1967 de aplicare a Legii nr. 66-537/24.07.1966 face aluzie la acest organism).

Scanned with OKEN Scanner

Legea nr. 31/1990), iar executarea operaţiilor societăţii va putea fi încredinţată unuia sau mai multor ***directori executivi***, funcţionari ai societăţii ce nu vor putea fi membri în consiliul de administraţie (art. 147 alin.1 şi 2 din Legea nr. 31/1990). Directorii executivi sunt, practic, mandatari ai administratorilor, deci submandatari în raport de societate.

Administrarea ***societăţilor pe acţiuni*** se poate realiza ţinând cont de dispoziţiile legii, în următoarele modalităţi (sisteme):

- administrator unic: are puteri depline (inclusiv pe aceea de reprezentare) în realizarea obiectului de activitate al societăţii;

- consiliu de administraţie: membrii acestui organism nu pot lucra separat, ci vor lua decizii colective, rezultat al deliberărilor în şedinţe ce se ţin periodic (cel puţin o dată pe lună); este prezidat de un preşedinte, care de obicei are şi calitatea de director general al întreprinderii; poate fi compartimentat pe responsabilităţi între administratori;

- consiliu de administraţie şi comitet de direcţie: consiliul de administraţie deleagă o parte dintre atribuţiile sale comitetului de direcţie (compus din membri aleşi dintre administratori), organism mai operativ, deoarece se întruneşte cel puţin o dată pe săptămână, putând rezolva problemele de gestiune curentă a societăţii. Comitetul de direcţie este un organ colectiv, condus de obicei de către preşedintele consiliului de administraţie (care este şi director general sau director al societăţii), la care pot participa şi ceilalţi administratori, cenzorii, şefii unor compartimente, liderii de sindicat. În principiu, membrii comitetului de direcţie îşi pot împărţi responsabilităţile pe diferite compartimente, ceea ce are implicaţii deosebite asupra răspunderii (v. *infra*. p. 160-162).

- consiliu de administraţie şi directori executivi: directorii executivi sunt funcţionari ai societăţii cărora consiliul de administraţie le-a încredinţat sarcini de conducere şi execuţie pe diferite compartimente specializate; între consiliul de administraţie şi directorii executivi se intercalează, uneori, şi un director general executiv (general manager). În ambele situaţii,

Scanned with OKEN Scanner

însă, consiliul de administraţie are, practic, poziţia unui consiliu de supraveghere şi control al directorilor executivi. De adăugat că, deşi salariaţi ai societăţi, directorii executivi (mandatari ai administratorilor) au aceeaşi răspundere - civilă, şi nu materială - ca şi administratorii. Acest sistem în linii mari, este generalizat în S.U.A. şi Germania. Vezi pt. amănunte, "*Administrarea societăţilor pe acţiuni în economia de piaţă şi de tranziţie*", colectiv, coordonator Marek Hessel, ediţie în limba română, Editura All, 1997.

Termenul de "conducător" al unei bănci este definit conform art. 3 lit. h din recenta Lege bancară (Legea nr. 58 din 23.03.1998) astfel: "persoanele, cel puţin 2 care, potrivit actelor constitutive şi/sau hotărârii organelor statutare ale băncii, sunt împuternicite să conducă şi să coordoneze activitatea zilnică a acesteia şi sunt învestite cu competenţa de a angaja răspunderea băncii", iar textul arată, în continuare că, pentru băncile române, aceştia sunt preşedintele şi vicepreşedintele consiliului de administraţie, iar pentru sucursalele din România ale băncilor străine, aceştia sunt directorii împuterniciţi ai sucursalelor.

Adăugăm aici şi noţiunea de ***administrator de fapt***, nedefinită legal, dar apărând în mod incidental în unele reglementări (de exemplu: art. 112 alin.1 din legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare şi bursele de valori). Noţiunea interesează atât în materie de răspundere contravenţională (când pentru unele contravenţii sunt sancţionaţi atât societatea, cât şi administratorii, de jure sau de facto), cât şi pentru stabilirea răspunderii administratorului faţă de societate, când acesta îşi substituie, fără drept, altă persoană în administrarea societăţii ori, de asemenea, în cazul excluderii asociatului pentru cauză de imixtiune fără drept în administrarea societăţii (art. 165 alin.1 lit.c din Legea nr. 31/1990).

În jurisprudenţa franceză (Curtea de Apel Paris, dec. din 11.06.1987 în Bulletin Jolly, p.719) este admis că are calitatea de administrator de fapt persoana care se amestecă fără drept în exercitarea funcţiilor determinante pentru direcţiunea

Scanned with OKEN Scanner

generală a întreprinderii, implicând o participare continuă la această direcţiune, precum şi un control efectiv şi constant al pieţei (afacerilor) societăţii, prin faptul că dă instrucţiuni salariaţilor, tratează cu băncile în numele societăţii şi semnează angajamente în numele societăţii, defineşte politica şi strategia întreprinderii.

1.2. Cadrul legal (sediul materiei)

Cadrul legal al obligaţiilor şi răspunderii administratorilor societăţilor comerciale este dat, în principiu, de următoarele reglementări:

1. Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale.

2. Dispoziţiile din Legea nr. 26/1990 privind Registrul Comerţului referitoare la publicitatea numirii administratorilor şi a semnăturii reprezentanţilor societăţii.

Legea nr. 26/1990 privind Registrul Comerţului a fost republicată în M. Of. nr. 49/04.02.1998

3. Dispoziţiile legii falimentului (Legea nr 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare şi a falimentului, modificată prin O.G. nr. 58/1997) referitoare la răspunderea administratorilor societăţii debitoare aflată în reorganizare judiciară sau faliment.

4. Dispoziţiile Codului civil referitoare la mandat (art. 1532-1559), precum şi la răspunderea civilă delictuală (art. 998-999, art. 1000 alin.3, art. 1003, în special) şi contractuală (art. 1080 - 1088 C.civ.).

5. Dispoziţiile Codului comercial relative la contractul de mandat comercial (art. 334-375, art. 383-384, art. 389, art. 391, în special) şi la prepuşii comerciantului (art. 393, art. 395, art. 396-397, în special).

6. Dispoziţiile art. 34-36 din Decretul nr. 31 din 1954 privind persoanele fizice şi juridice.

7. Dispoziţiile Codului penal referitoare la cauzele care exclud (exemplu: forţa majoră, cazul fortuit) sau înlătură răspun-

Scanned with OKEN Scanner

derea penală (exemplu: amnistie, prescripţie, lipsa sau retragerea plângerii prealabile), precum şi la unicitatea şi personalitatea răspunderii penale (exemplu: individualizarea pedepsei, conform art. 72 Cod penal).

8. Dispoziţiile art. 5 şi art. 9 din Legea nr. 32/1968 privind constatarea şi sancţionarea contravenţiilor.

Pentru necesităţile prezentei lucrări interesează, într-o mai mică sau mai mare măsură, şi următoarele reglementări speciale:

- Legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare şi bursele de valori (M. Of. nr. 210/11.08.1994);
- Ordonanţa Guvernului nr. 20/1998 privind constituirea şi funcţionarea fondurilor cu capital de risc (M. Of. nr. 41/30.01.1998);
- Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 88/1997 privind privatizarea societăţilor comerciale (M. Of. nr. 381/29.12.1997);
- Normele Metodologice de aplicare a O.U.G. nr. 88/1997 privind privatizarea, norme aprobate prin H.G. nr. 55/1998 (M. Of. nr. 66/12.02.1998);
- Legea bancară (Legea nr. 58/1998, publicată în M. Of. nr. 121/23.03.1998);
- Legea falimentului băncilor (Legea nr. 83/1998, publicată în M. Of. nr. 159/22.04.1998).

Scanned with OKEN Scanner

CAPITOLUL II

POZIȚIA ADMINISTRATORULUI ÎN CADRUL STRUCTURII FUNCȚIONALE ȘI DE ORGANIZARE A SOCIETĂȚII COMERCIALE. RAPORTURILE JURIDICE DINTRE ACESTA ȘI SOCIETATE

2.1. Persoanele care pot fi desemnate să exercite funcția de administrator

2.1.1. În sistemul Legii nr. 31/1990 privind societăţile comerciale - în forma sa iniţială, printr-o interpretare *per a contrario*, se putea deduce că funcţia de administrator putea fi exercitată numai de persoane fizice[1]; concluzia putea rezulta, pe de o parte, din faptul că legea nu prevedea expres posibilitatea exercitării funcţiei de administrator al unei societăţi comerciale de către o altă societate comercială, iar, pe de altă parte, din interdicţia legală ca persoane incapabile sau lipsite de onorabilitate (art. 94 coroborat cu art. 29, actualmente art. 6 alin.2 din lege în forma modificată) să exercite funcţia de administrator, interdicţie referitoare, evident, numai la persoane fizice. Cu toate acestea, se admitea[2], pe argumentul că

---

[1] În dreptul francez, preşedintele consiliului de administraţie este obligatoriu o persoană fizică, chiar dacă administrarea societăţii este exercitată de o persoană juridică.

[2] Vz. în acest sens: CRISTINA I. STOICA, "*Exercitarea funcţiei de administrator al unei societăţi comerciale de către o persoană juridică* " în RDC nr. 1/1995, p.87-91.

Scanned with OKEN Scanner

unde legea nu interzice, permite, ca o persoană juridică putea exercita chiar şi sub regimul iniţial al Legii nr. 31/1990, funcţia de administrator al unei societăţi comerciale. De altfel, Legea nr. 66/1993 privind contractul de management prevedea expres (art. 3) posibilitatea ca o persoană juridică să exercite funcţia de administrator; la fel, societăţile de administrare a investiţiilor puteau exercita funcţia de administrator ai unei societăţi de investiţii colective, conform O.G. nr. 24/1993.

Cum această problemă nu se mai pune în prezent (în art. 136, prevăzându-se expres posibilitatea exercitării funcţiei de administrator de către o societate comercială), rămâne problema distincţiei, între condiţiile de numire a persoanei fizice în funcţia de administrator şi condiţiile de desemnare a persoanei juridice în funcţia de administrator.

Remarcăm aici faptul că, prin Legea nr. 58 din 23.03.1998 (Legea bancară), s-a prevăzut în art. 27 alin. 1 că administratori ai băncii pot fi numai persoanele fizice, nu şi persoanele juridice, soluţie care nu concordă cu spiritul inovator al modificărilor intervenite în Legea nr. 31/1990, lege care constituie dreptul comun şi pentru societăţile bancare. Nu ni se pare justificată o asemenea opţiune, dat fiind gradul înalt de tehnicitate al funcţiei de administrator al unei societăţi bancare. Poate că această soluţie se va contrabalansa cu o evaluare deosebit de restrictivă de către specialiştii din BNR a profesionalismului şi onorabilităţii potenţialilor conducători de bănci, în cadrul procedurilor de autorizare a societăţilor bancare respective.

Pe de altă parte, însă, atunci când BNR instituie împotriva unei bănci regimul administrării speciale (este vorba de o procedură pre-falimentară, reglementată pentru prima dată după apariţia Legii nr. 64/1995, lege care abrogă orice astfel de procedură, atât moratoriul cât şi concordatul preventiv, reglementate de Codul comercial), activitatea de administrare specială este încredinţată unui administrator special, desemnat de consiliul de administraţie al BNR, administrator care poate fi şi o persoană juridică specializată (art. 80 din Legea bancară).

Scanned with OKEN Scanner

Membrii consiliului de administraţie al unei societăţi de administrare a investiţiilor sunt, obligatoriu, persoane fizice (art. 14 din partea IV din Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM).

A. Condiţiile referitoare la persoanele fizice sunt, în principiu, următoarele: capacitatea de exerciţiu deplină, cetăţenia română, onorabilitatea, calitatea de asociat. În ce priveşte condiţiile referitoare la administratorul reprezentant al societăţii se mai pune şi condiţia publicităţii numirii şi semnăturii sale, iar în ce priveşte societăţile pe acţiuni, se pune şi condiţia depunerii unei garanţii (în numerar sau acţiuni), de către fiecare administrator.

O problemă specifică este şi cumulul calităţii de administrator cu calitatea de salariat al societăţii. Toate aceste condiţii (cu excepţia condiţiei publicităţii numirii şi semnăturii reprezentantului, care va fi tratată separat), sunt analizate succint în continuare (e-f).

a) Capacitatea deplină de exerciţiu a persoanei ce urmează să exercite funcţia de administrator este o condiţie esenţială, ce decurge expres din art. 135 coroborat cu art. 6 alin.2 şi din faptul că administratorul, exercitând atributele dreptului de proprietate socială, în derularea obiectului de activitate al societăţii, săvârşeşte atât acte de administrare şi conservare a patrimoniului social, cât şi acte de dispoziţie cu privire la acesta. O persoană lipsită de capacitate de exerciţiu sau cu capacitate de exerciţiu restrânsă nu ar putea, de aceea, să exercite funcţia de administrator. Dar, cu toate că exercită acte şi fapte de comerţ cu titlu de profesiune, administratorul nu devine comerciant[1] pentru că nu exercită aceste acte şi fapte

[1] În acelaşi sens, ST. D. CĂRPENARU, *"Drept comercial român"*, vol. I, Ed. Atlas Lex, Bucureşti, 1993, p.83; M COZIAN, A. VIANDIER, *"Droit des Sociétés"*, 5eme edition, Litec, Paris, 1992, p.215; când este şi administrator al societăţii, asociatul într-o societate de persoane nu dobândeşte prin simpla calitate de asociat şi calitatea de comerciant (spre deosebire, în dreptul francez, asociatul într-o societate în nume colectiv trebuie să fie sau să devină comerciant).

Scanned with OKEN Scanner

de comerţ în nume propriu şi pe risc economic propriu, ci în numele şi pe seama societăţii; nu este exclus, însă, ca administratorul să fi dobândit calitatea de comerciant din exerciţiul unor afaceri proprii, distincte de societate sau să dobândească această calitate prin deturnarea frauduloasă, în interes propriu, a afacerilor societăţii (ceea ce are deosebite consecinţe în cazul falimentului societăţii când, în opinia noastră[1], se poate declara un faliment personal al administratorului, pentru acoperirea datoriilor societăţii).

Sunt incapabili (lipsiţi de capacitatea de exerciţiu, adică de a face acte juridice în nume propriu), minorii sub 14 ani şi interzişii judecătoreşte. Tot incapabili, însă, în sensul legii societăţilor comerciale sunt şi minorii cu capacitate de exerciţiu restrânsă, căci aceştia nu pot face acte de dispoziţie decât cu încuviinţarea reprezentantului legal şi cu autorizarea prealabilă a autorităţii tutelare, ceea ce este de neconceput în cazul unor societăţi comerciale, care încheie o multitudine de acte juridice.

b) Onorabilitatea administratorului (ca de altfel şi condiţia capacităţii) este, de asemenea, o condiţie expresă pusă de art. 135, cu trimitere la art. 6 alin.2 din Legea nr. 31/1990. Astfel, art. 135 din lege (text plasat de legiuitor în cap. IV, referitor la societăţile pe acţiuni, dar care are, în realitate, incidenţă generală[2], pentru orice tip de societate) dispune că persoanele care nu pot fi fondatori nu pot fi nici administratori, directori sau reprezentanţi iar dacă au fost alese, sunt decăzute din drepturi. Iar conform art. 6 alin.2 din lege, nu pot fi fondatori persoanele care, potrivit legii, ***sunt incapabile***, sau ***au fost condamnate*** pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită sau pentru alte infracţiuni prevăzute de legea societăţilor comerciale.

În legătură cu aceste două texte se impun 3 precizări :

- interdicţia (sau după caz, decăderea) nu se poate aplica decât în cazul în care persoana fizică respectivă a fost con-

---

[1] Vz. *infra*, p. 204-206.

[2] CSJ, Secţia economică şi comercială, dec. civ. nr. 255/1992, în RDC nr. 5/1994, p.73-75.

Scanned with OKEN Scanner

damnată ***definitiv şi irevocabil*** pentru săvârşirea infracţiunilor respective; o altă interpretare ar duce la încălcarea unui principiu fundamental al procesului penal, acela al prezumţiei de nevinovăţie[1];

- interdicţia (decăderea) nu poate fi extinsă şi la alte infracţiuni decât cele arătate, fiind vorba de o limitare a capacităţii de folosinţă şi de exerciţiu care nu poate fi extinsă prin analogie;

- interdicţia (decăderea) nu mai operează din momentul în care a intervenit reabilitarea (de drept sau judecătorească), căci reabilitarea stinge orice consecinţă a infracţiunii (art. 133 alin. 1 C.p.).

Practic, îndeplinirea condiţiei onorabilităţii de către administratori [2] se va verifica după caz, la instituirea acestuia în funcţia de administrator, prin depunerea la Registrul Comerţului, odată cu actul de numire (act constitutiv sau decizie a adunării generale a asociaţilor), a extrasului de cazier judiciar al administratorului. În cazul în care condamnările au survenit după numirea administratorului, acest lucru are ca efect decăderea de plin drept din funcţia de administrator. Nu este exclusă, însă, decăderea din funcţie ca sancţiune complementară aplicată administratorului de instanţa penală, în baza art. 64 C.pen.

---

[1] Vz., în acest sens, CSJ, Secţia Comercială, dec. nr. 511/3.11.1994, în Bul. Jurisprud. pe anul 1994, p.211.

[2] În practică se extinde nepermis, mai ales la societăţile de persoane şi societăţile cu răspundere limitată, cerinţa depunerii extrasului de cazier judiciar şi de către acei asociaţi care nu au semnat contractul de societate şi care nu vor exercita funcţia de administrator, ceea ce apare nelegal în raport de art. 135 şi art. 6 alin. 2 din lege care se referă ***numai la onorabilitatea administratorilor şi a fondatorilor*** nu şi a tuturor asociaţilor. Vz. pt. o soluţie greşită sub acest aspect, CSJ, Secţia economică şi comercială, dec. nr. 162/22.09.1992. În speţă, s-a casat o hotărâre de autorizare a funcţionării unei societăţi cu răspundere limitată pe considerentul greşit că "nu s-a verificat nici ***onorabilitatea asociaţilor, aspect esenţial*** în constituirea şi funcţionarea unei societăţi" (s.n., G.P.). În realitate, trebuie să se verifice onorabilitatea fondatorilor, adică a semnatarilor contractului de societate şi a persoanelor care au avut un rol determinat în constituirea societăţii şi nu a tuturor asociaţilor (adică, nu şi a acelora care au intrat în societate ulterior, prin cesiune de părţi sociale cu cooptare de noi asociaţi).

Scanned with OKEN Scanner

pentru alte infracţiuni decât cele arătate în art. 6 alin. 2, când administratorul se va fi folosit de funcţie pentru a săvârşi infracţiunea respectivă.

În unele societăţi, cum ar fi societăţile bancare, sau cele care acţionează pe pieţele valorilor mobiliare se cer şi anumite condiţii de ***experienţă*** în tipul de afaceri derulate de societate (bancă, SVM) şi de ***profesionalism***.

Art. 45 din Legea nr. 33/1991 privind activitatea bancară (M.Of. nr. 70/03.04.1991) dispunea că persoanele care asigură conducerea activităţii societăţii bancare trebuie să aibă o bună reputaţie, să nu fi suferit sau cauzat prin activitatea lor falimente bancare. În actuala reglementare, Legea bancară nr. 58/1998, se insistă pe cerinţele de experienţă şi probitate profesională a conducătorilor băncii, pe onorabilitatea acestora.

Astfel, în procedura de autorizare a funcţionării băncilor, Banca Naţională a României verifică în primul rând calificarea şi experienţa profesională a conducătorilor băncii (art. 11 alin.2 lit. a). Legea bancară dispune, de asemenea, că cererea de autorizare va fi respinsă, dacă printre altele, documentaţia prezentată este insuficientă pentru a verifica onorabilitatea, pregătirea şi experienţa conducătorilor băncii (art. 14 lit. b din Legea bancară). De asemenea, Normele BNR de autorizare a societăţilor bancare (publicate în M.Of. nr. 217/29.10.1991)[1] dispun că o societate bancară nu poate fi autorizată de BNR să funcţioneze în România (pct. 8 lit. e din Norme) sau, dacă a fost deja autorizată, i se va retrage autorizaţia (pct. 9 lit. b şi c) dacă, printre altele, persoanele din conducerea băncii (care asigură efectiv orientarea activităţii băncii, respectiv preşedinţi şi vicepreşedinţi) nu au onorabilitatea, calificarea şi experienţa adecvate funcţiei lor.

Din art. 25 din Legea bancară rezultă că un conducător de bancă trebuie să fie licenţiat, să fi lucrat cel puţin 5 ani în

[1] Aceste norme au fost actualizate prin Normele BNR nr. 6/1995 (M.Of. nr. 128/27.06.1995), fără să fie modificate dispoziţiile de principiu citate şi rămân în vigoare până la elaborarea unor noi norme de către BNR (art. 94 alin. final din Legea bancară nr. 58/1998).

Scanned with OKEN Scanner

activitatea financiar-bancară şi să nu fi cauzat, prin activitatea sa, falimentul unei societăţi comerciale.

În ce priveşte societăţile de valori mobiliare, din art. 37 lit. c din Legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare şi bursele de valori, rezultă că CNVM nu acordă societăţii respective autorizaţia pentru intermedierea de valori mobiliare dacă oricare dintre acţionarii săi semnificativi, ***membri ai consiliului de administraţie, personal de conducere*** sau agenţi pentru valorile mobiliare:

1. ***este incompatibil***, conform art. 37 lit. a (adică se află în stare de faliment sau într-o stare premergătoare falimentului) sau conform art. 37 lit. b (societatea în cauză a fost exclusă dintr-o bursă de valori) ori deţine una dintre poziţiile enunţate într-o altă societate aflată într-una dintre situaţiile arătate în art. 37 lit. a sau b;

2. ***are antecedente penale***; se observă că este vorba de orice fel de antecedent penal, nu numai de cele expres delimitate în art. 6 alin.2 din Legea nr. 31/1990; în plus, prin folosirea sintagmei "antecedente penale", pare să se excludă posibilitatea ca o persoană reabilitată să exercite această funcţie, dat fiind faptul că reabilitatul rămâne cu antecedente penale, cel puţin prin evidenţierea sa în registrele de cazier judiciar: de aceea, credem că norma din Legea nr. 52/1994 contravine art. 133 alin. 2 C.pen., precum şi art. 17 alin. 1 C.pen., conform căruia infracţiunea este unicul temei al răspunderii penale (decăderea care operează şi după reabilitare, dacă nu este impusă ca o pedeapsă complementară conform art. 64 C.pen., nu îşi mai are izvorul într-o infracţiune, stinsă prin reabilitare; ori decăderea din dreptul de a exercita o anumită profesie sau funcţie este o formă a răspunderii penale).

3. ***a fost sancţionat de CNVM*** cu interzicerea exercitării oricărei activităţi profesionale în domeniul valorilor mobiliare pe perioada sancţiunii. Art. 41 alin. 3 din Legea nr. 52/1994 prevede o astfel de sancţiune pentru acţionarii principali, ***personalul de conducere*** şi agenţii pentru valori mobiliare ai unei societăţi de

Scanned with OKEN Scanner

valori mobiliare (SVM) a cărei autorizaţie de funcţionare a fost anulată, ca urmare a descoperirii faptului că autorizaţia a fost obţinută prin fraudă (pe baza unor informaţii false sau care au indus în eroare). Anularea autorizaţiei are ca efect dizolvarea de drept a SVM respective, iar persoanele vizate, inclusiv personalul de conducere sunt sancţionate cu interdicţia respectivă pentru o perioadă determinată sau chiar indefinită.

Din cele arătate rezultă că onorabilitatea administratorului nu este numai un criteriu de opţiune (eligibilitate) pentru societate, dar şi un factor care poate să ducă la creşterea sau scăderea drastică a credibilităţii societăţii, această scădere putând pune problema unei acţiuni în răspundere contra administratorului pentru prejudiciul creat; iar în situaţii speciale (cum ar fi cea a băncilor) lipsa acestei onorabilităţi poate duce la neacordarea sau retragerea autorizaţiei de funcţionare.

c) Cetăţenia română a administratorului este o condiţie de numire în funcţie a administratorilor numai în societăţile pe acţiuni şi în comandită pe acţiuni (art. 134 alin.3 şi art. 182 din Legea nr. 31/1990). Astfel, unicul administrator sau preşedintele consiliului de administraţie şi cel puţin jumătate din numărul membrilor consiliului de administraţie în societăţile pe acţiuni trebuie să fie cetăţeni români. Fiind vorba de o restricţie privitoare la regimul juridic al străinilor (care beneficiază, conform legii - art. 2 alin.1 din Legea nr. 105/1992 privind reglementarea raporturilor de drept internaţional privat - de aceleaşi drepturi civile ca şi cetăţenii români), aceasta nu se poate extinde, prin analogie, şi la celelalte tipuri de societăţi. Pe de altă parte, regula nu este imperativă, asociaţii (acţionarii) putând decide altfel fie prin statut (act constitutiv), fie printr-o decizie ulterioară a adunării generale. Nimic nu se opune, deci, ca administratorul unic, preşedintele consiliului de administraţie, sau mai mult de jumătate din numărul membrilor consiliului de administraţie să fie cetăţeni străini[1] dacă acţionarii decid astfel.

[1] Vz. în acelaşi sens, O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Societăţile comerciale*", Ed. a-II-a revăzută şi adăugită, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1996, p. 325.

Scanned with OKEN Scanner

Unele acte normative, cum ar fi cele din domeniul bancar şi valutar, folosesc, în locul sau alăturat condiţiei cetăţeniei, pe aceea de rezidenţă în România. Spre exemplu, art. 25 din Legea nr. 58/1998 dispune că orice conducător de bancă (deci, nu orice administrator al băncii) trebuie să fie rezident român, iar cel puţin unul dintre ei trebuie să fie cetăţean român; noţiunea de "rezident" nu este reglementată în lege, ci în regulamentul valutar.

Noţiunea de "rezident" persoană fizică este definită de Regulamentul valutar nr. 3/23.12.1997 al BNR (publicat în M. Of. nr. 395 din 31.12.1997), în art. 1, pct. 1.1. lit. b (astfel cum a fost modificat acest text prin Circulara BNR nr. 7/29.05.1998 M. Of. Nr. 201 din 29.05.1998), după cum urmează :

- persoane fizice, cetăţeni români cu domiciliul în România atestat cu act de identitate;
- persoanele fizice de altă cetăţenie şi persoanele fizice fără cetăţenie (apatrizi), cu domiciliul în România, atestat cu act de identitate.

d) Calitatea de asociat a administratorului este o condiţie de valabilitate a numirii în funcţia respectivă numai în societăţile în comandită (simplă - art. 88, pe acţiuni - art. 183 alin.1 din Legea nr. 31/1990) administratorul trebuind să fie asociat comanditat; orice ingerinţă a asociaţilor comanditari în administraţia societăţii poate duce fie la excluderea acestora din societate (art. 217 alin.1 lit. b, pentru comanditarul într-o societate în comandită simplă), fie la angajarea răspunderii acestuia faţă de terţi, nelimitat şi solidar, întocmai cu asociatul comanditat. Din textul art. 7 lit. e al Legii nr. 31/1990 (în forma dată prin O.G. nr. 32/1997, art. 1 pct. 1) rezultă că şi în societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată, administratorul poate fi asociat sau neasociat[1]. Semnalăm aici

[1] Din redactarea iniţială a art. 3, precum şi din fostul art. 47 alin. 1, din Legea nr. 31/1990 rezulta că administratorul unei societăţi de persoane trebuia, obligatoriu, să fie şi asociat. La această concluzie au ajuns: S. BELIGRĂDEANU, *"Derogări de la dreptul comun al muncii cuprinse în Legea nr. 31/1990"*, în Dreptul nr. 9-12/1990, p.34; O. CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit*, p.327.

Scanned with OKEN Scanner

o inadvertenţă a recentelor modificări ale Legii nr. 31/1990: fostul art. 47 alin.1 actualmente art. 77 alin. 1 a rămas nemodificat, nefiind corelat cu art. 7 lit. e. Conform art. 77 alin.1, asociaţii care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social pot alege unul sau mai mulţi administratori ***dintre ei*** (s.n., G.P.) de unde rezultă că administratorul trebuie să fie şi asociat. Considerăm că este doar o simplă inadvertenţă şi că, într-adevăr, conform noii reglementări, administratorul unei societăţi în nume colectiv[1] poate fi şi neasociat; desigur, însă, că, datorită caracterului *intuitu personae* al acestei societăţi, în principiu, administratorii societăţii vor fi recrutaţi dintre asociaţi.

În ce priveşte societatea pe acţiuni, este de necontestat[2] că administratorul poate fi acţionar sau o persoană terţă de societate. Mai ales în societăţile mari este util să nu depindă numirea administratorului de calitatea de acţionar pentru a se face posibilă numirea profesioniştilor în aceste funcţii; când această funcţie este exercitată în baza unui contract de management, este evident că managerul este, de regulă neasociat. De altfel, concluzia de mai sus rezultă implicit din art. 137 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, care reglementează o modalitate specifică de depunere a garanţiei de către administratorul-acţionar ("***dacă administratorul este acţionar***, garanţia se poate constitui, la cererea acestuia, prin depunerea a 10 acţiuni ..." – s.n, G.P.).

În dreptul francez administratorul societăţii anonime trebuie să fie acţionar (art. 95 alin.1 din Legea nr. 66-537 din 24 iulie 1966 privind societăţile comerciale). Acţiunile deţinute de administrator sunt obligatoriu nominative (dacă, totuşi, sunt la purtător, sunt obligatoriu depuse la o bancă), într-un număr suficient pentru a da dreptul administratorului să participe la adunările generale şi sunt inalienabile pe perioada mandatului

---

[1] În ce priveşte societatea cu răspundere limitată, art. 192 alin.1 din lege prevede expres posibilitatea ca administratorul să fie asociat sau neasociat.

[2] Vz. în acest sens, O. CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit*, p.327; St. D. CĂRPENARU, "*Drept comercial român*", Bucureşti, 1993, Ed. Atlas Lex, vol. II, p.105.

Scanned with OKEN Scanner

având afectaţiunea specială de garanţie a tuturor actelor de gestiune ale administratorului. Sancţiunea neîndeplinirii acestei obligaţii (nu este acţionar la numire sau pierde această calitate pe parcursul mandatului) ar fi demiterea de drept a administratorului, dacă nu şi-ar fi regularizat situaţia într-un termen de 3 luni. Aceste condiţionări nu se aplică administratorilor aleşi dintre salariaţi (vezi şi M. Cozian, A. Viandier, *op.cit*, p.210). De remarcat că, printr-o lege din 5.01.1988 garanţia constând în acţiunile deţinute de administrator a fost suprimată, dar condiţia calităţii de acţionar a administratorului a rămas în vigoare.

Legea nr. 66/1993 privind contractul de management se aplică regiilor autonome şi societăţilor comerciale la care statul deţine mai mult de 50% din acţiuni (art. 2). Managerul persoană fizică sau juridică - exercită cel puţin atribuţiile prevăzute de lege pentru administrator sau pentru consiliul de administraţie (art. 3 alin.2) şi trebuie să dovedească, în urma unui concurs, aptitudini manageriale, experienţă, referinţe profesionale favorabile (dacă este persoană fizică) sau experienţă şi bonitate (dacă este persoană juridică), conform art. 4 din lege.

e) Garanţia administratorului (persoană fizică sau juridică) este o condiţie de numire în funcţie numai în societatea pe acţiuni (art. 137) şi în societatea în comandită pe acţiuni (art. 182, coroborat cu art. 137). Această garanţie trebuie să fie depusă de către administrator (sau de către un terţ pentru administrator, terţul având poziţia unui fidejusor - art. 137 alin. 3, teza II) la numirea în funcţie. Sancţiunea nedepunerii garanţiei la casieria societăţii, în grija cenzorilor, înainte de intrarea în funcţiune a administratorului o reprezintă demiterea de drept a administratorului în cauză - art. 137 alin. 4 din lege. De altfel, odată cu depunerea la Registrul Comerţului a semnăturilor (specimenului), administratorii reprezentanţi ai societăţii pe acţiuni trebuie să depună şi un certificat eliberat de cenzori din care să rezulte că au depus garanţia, ceea ce înseamnă că reprezentanţii societăţii nu pot semna acte juridice în numele şi pe seama societăţii câtă vreme nu şi-au depus garanţia.

Scanned with OKEN Scanner

În legătură cu obiectul garanţiei şi cuantumul acestuia legea face o distincţie, permiţând ***administratorilor acţionari*** să opteze între a depune o garanţie în numerar sau a constitui în gaj un număr de 10 acţiuni, acţiuni care devin inalienabile[1] şi se păstrează la societate (art. 137 alin. 2 din lege). ***Administratorii neacţionari*** nu pot depune decât o garanţie în numerar.

Cuantumul garanţiei în numerar este stabilit în actul constitutiv ori prin decizie a adunării generale a acţionarilor, dar această garanţie în numerar nu poate fi mai mică decât valoarea nominală a 10 acţiuni sau decât dublul remuneraţiei lunare [1bis].

Terţul-fidejusor al administratorului poate garanta atât cu numerar, cât şi cu acţiuni (dacă, evident, acesta este şi acţionar al societăţii), pentru că art. 137 alin. 3, teza II nu distinge între cele două tipuri de garanţii, respectiv, garanţie în numerar sau în acţiuni, iar alin. 2 nu specifică faptul că cele 10 acţiuni gajate pot fi doar acţiunile administratorului acţionar.

Din art. 137 alin. final rezultă că garanţia administratorului este menită să asigure societăţii o reparaţie a eventualului prejudiciu cauzat de administraţia sa; garanţia se restituie administratorului doar după ce adunarea generală i-a dat descărcare de gestiune pentru ultimul exerciţiu financiar al mandatului său. Numai că, modul în care este redactat art. 137 din Legea nr. 31/1990 face această garanţie iluzorie, mai ales dacă garanţia constă în gajul asupra celor 10 acţiuni.

Credem că acest tip de garanţie este pur iluzoriu, având în vedere faptul că, de obicei, valoarea *nominală* a acţiunilor este de 1000 lei. Dreptul francez a eliminat garanţia administratorului constând în acţiuni ale acestuia sau în numerar (sume echivalente cu valoarea nominală a unui număr minim de

---

[1] Aceasta nu înseamnă, însă, şi suspendarea drepturilor de vot aferente acţiunilor şi nici suspendarea dreptului la dividende.

[1bis] Garanţia administratorilor unor societăţi de administrare a investiţiilor nu poate fi mai mică decât valoarea a 20 de acţiuni sau dublul remuneraţiei lunare (art. 14 din partea IV, Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM).

Scanned with OKEN Scanner

acţiuni), tocmai datorită caracterului iluzoriu şi inconsistent al acestei garanţii (vezi şi M. Cozian, A.Viandier, *op.cit*, p.210).

f) Cumulul calităţii de administrator cu cea de salariat al societăţii comerciale este, în principiu inadmisibil, cele două calităţi fiind incompatibile[1]. Un administrator în funcţiune nu

---

[1] Vz. în acest sens, St.D.CĂRPENARU, *op.cit*, vol. II, p.106 şi în RDC nr. 2/1993, "*Administrarea societăţii comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, p. 27; în acelaşi sens, Fl. BAIAS, S. DAVID, "*Răspunderea civilă a administratorilor societăţii comerciale*", în Dreptul nr. 8/1992, p.14; aceşti din urmă autori nu admit cumulul în nici o situaţie. S-a exprimat şi o opinie parţial diferită, conform căreia, în societăţile pe acţiuni şi în societatea cu răspundere limitată, când administratorul este şi asociat, el îşi desfăşoară activitatea exclusiv pe baza unui mandat comercial, dar dacă nu are şi calitatea de asociat, el ***are opţiunea între mandatul comercial şi contractul de muncă***: S. BELIGRĂDEANU, "*Derogări de la dreptul comun al muncii cuprinse în Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale*", în Dreptul nr. 9-12/1990, p.34; în plus, acelaşi autor, în lucrarea citată (p.35), admite că administratorii pot încheia separat un contract de muncă cu societatea pentru prestarea oricărei alte activităţi decât cea de administrator (consilier juridic, economist, inginer). Credem, însă, că această soluţie este admisibilă doar în ce-i priveşte pe acei administratori care nu participă la conducerea operativă a societăţii, ci doar la organul colectiv de decizie (consiliul de administraţie), şi, în orice caz, doar când calitatea de salariat precede în timp pe aceea de administrator. Într-un studiu recent (I.T.ŞTEFĂNESCU, "*Asociatul unic – administrator poate fi concomitent şi salariat al societăţii sale cu răspundere limitată?*", în RDC nr. 4/1998, p. 26 – 30, s-a susţinut că un asociat unic – administrator poate fi şi salariat al societăţii sale, pe bază de contract de muncă, pe considerentul că a decide altfel, ar însemna să se încalce dreptul constituţional al asociatului unic – administrator la libera alegere a locului de muncă (dar art. 38 alin. 1 din Constituţie nu are sensul dat de autor, adică al instituirii unui drept al cetăţeanului de a încheia un contract de muncă, ci acela de a institui un drept al cetăţeanului de a-şi alege o profesie sau o altă activitate legală din exercitarea căreia să-şi asigure mijloacele de subzistenţă – n.n. G.P.) şi pe considerentul că "numai încheind un contract de muncă, asociatul unic – administrator poate beneficia de statutul de salariat cu toate drepturile pe care le conferă legislaţia muncii". Numai că, însuşi art. 279 din Legea nr. 31/1990 asimilează pe asociatul unic – administrator cu un salariat, în măsura în care a plătit contribuţia la asigurările sociale; pe de altă parte, sistemul asigurărilor sociale şi de protecţie a muncii tinde să devină privat, degrevând statul de această sarcină dificilă; deci, asociatul unic poate să se asigure la un sistem privat de asigurări sociale, vărsând sumele pe care, altfel, le-ar plăti statului, în idea unei pensii cu un viitor incert şi, mai degrabă, iluzoriu.

Scanned with OKEN Scanner

poate să devină şi salariat, dat fiind caracterul antitetic al celor două calităţi: ca salariat, administratorul ar fi subordonat al preşedintelui Consiliului de administraţie, care, la limită (întrucât, de obicei, este şi director general al societăţii) ar putea să-l concedieze (cu consecinţa încetării şi a calităţii de administrator, adică o revocare din această funcţie, care este o atribuţie a adunării generale şi nu a preşedintelui consiliului de administraţie); ca membru al consiliului de administraţie un administrator are şi atribuţia, printre altele, de a supraveghea activitatea curentă a preşedintelui (sau a altor administratori care exercită conducerea operativă a activităţii societăţii), atribuţie în virtutea căreia ar putea propune adunării generale revocarea din funcţie a acestuia (acestora). Când societatea ar fi administrată de un administrator unic contractul de muncă nici nu ar fi de conceput, dat fiind faptul că administratorul unic ar fi, practic, şi angajat şi angajator (contract cu sine însuşi), iar relaţia de subordonare între salariat şi patron, specifică unui contract de muncă, nu ar exista. Pe de altă parte, un administrator este revocabil *ad-nutum* de către adunarea generală: poziţia de salariat a administratorului poate provoca temerea societăţii de a-l revoca atunci când ar trebui să-i plătească o indemnizaţie substanţială în caz de concediere (sau chiar de a-l reintegra în funcţie, la intervenţia instanţei de jurisdicţie a muncii[1]), iar răspunderea sa pentru prejudiciile cauzate societăţii ar putea fi considerată o răspundere materială, de dreptul muncii (o răspundere limitată la prejudiciul efectiv - *damnum emergens* – cu excluderea beneficiului nerealizat, iar ca modalitate de executare, numai la o parte din salariul lunar) şi nu o răspundere civilă integrală[2].

---

[1] Funcţia de administrator este revocabilă *ad nutum* (revocabilitatea mandatului administratorului este de esenţa, nu numai de natura acestui mandat); revocarea administratorului, chiar dacă este fără justă cauză, nu dă dreptul acestuia la reintegrarea în funcţie (ci numai la daune interese), dar, în calitate de salariat, administratorul ar putea cere, în instanţa de jurisdicţie a muncii, reintegrarea în funcţie.

[2] Răspunderea reparatorie a administratorilor, cenzorilor şi lichidatorilor societăţilor comerciale este o răspundere civilă şi ***nu materială***; chiar şi

Scanned with OKEN Scanner

Deşi din art. 148 (plasat de lege în materie de societăţi comerciale pe acţiuni) ar rezulta că, cel puţin în societăţile pe acţiuni cumulul calităţii de administrator cu cea de salariat al societăţii ar fi posibil ("***salarii*** fixe şi orice alte sume sau avantaje vor putea fi acordate administratorilor numai pe baza unei hotărâri a adunării generale" -s.n., G.P.), o asemenea concluzie nu poate fi primită, deoarece textul reglementează unele ***avantaje*** acordate administratorilor pentru activitatea lor permanentă în cadrul societăţii, adică o remunerare a fidelităţii administratorului faţă de societate; pe de altă parte, observăm că aceste "salarii" pot fi acordate ***doar de adunarea generală***, şi nu de către consiliul de administraţie sau directorul general, adică de acel administrator care are atribuţia de a angaja salariaţi ai societăţii (ceea ce este o atribuţie de gestiune internă a societăţii, atribuţie ce nu poate fi acordată adunării generale, organ deliberator, cu funcţionare esenţial intermitentă).

Această soluţie este întărită şi de art. 140 alin. 3 din lege, conform căruia decizia Consiliului de administraţie privind suma necesară remunerării membrilor comitetului de direcţie va trebui să fie ***ratificată*** de adunarea generală, dacă depăşeşte prevederile actului constitutiv sau dacă acesta nu prevede nimic în această privinţă. Or, membrii comitetului de direcţie sunt acei administratori care se găsesc în cele mai strânse legături cu societatea, ei întrunindu-se săptămânal, iar votul neputând fi dat prin delegaţie (art. 140 alin 6), fiind deci, prin permanenţa activităţii în societate, mai uşor identificabili cu salariaţii decât administratorii ordinari, dar legea nu-i califică drept salariaţi.

Rezultă cu certitudine că un administrator în funcţie nu poate deveni şi salariat al societăţii. Numai în baza unei asemenea reguli se pot evita unele abuzuri, foarte frecvente,

---

răspunderea reparatorie a directorilor executivi ai societăţii pe acţiuni (care au calitatea de salariaţi, funcţionari ai societăţii şi nu de administratori-mandatari ai acesteia), este tot o răspundere civilă şi nu materială, S. BELIGRĂDEANU, *loc.cit.*, p.32 şi 35.

Scanned with OKEN Scanner

din păcate, în practică: administratori în funcţie care îşi aprobă retribuţii exorbitante cu titlu de salariu (un fel de auto-angajare a administratorului, mai ales când este administrator unic), pentru ca, în caz de licenţiere, să încaseze ajutoare de şomaj foarte mari, pe lângă indemnizaţiile compensatoare plătibile de către societate.

Alta este, însă, situaţia acelor salariaţi care devin administratori ai societăţii. În sistemul Legii nr. 31/1990 nu este reglementată această posibilitate, dar considerăm că este admisibilă[1], atât pentru faptul că legea nu o interzice, cât şi pentru faptul că această soluţie s-ar alinia tendinţelor moderne ale dreptului societăţilor comerciale[2], de asociere a salariaţilor la procesul de decizie în cadrul societăţii, atât în adunarea generală, cât şi în consiliul de administraţie, pentru a da, deci, răspuns unor comandamente de ordin social: în societăţile mari, cu mii de salariaţi nu se pot exclude în totalitate salariaţii de la deciziile importante pentru viaţa societăţii.

Acest cumul este însă condiţionat[3]: un salariat poate deveni administrator al societăţii dacă funcţia sa de salariat la societatea comercială respectivă este anterioară celei de administrator cu un anumit număr de luni sau ani care să demonstreze fidelitatea salariatului faţă de societate, alături de exercitarea efectivă a funcţiei respective. Numărul administratorilor care provin din rândurile salariaţilor nu poate depăşi o anumită limită (de obicei, o treime din numărul administratorilor), pentru a nu se ajunge la extrema cealaltă, a sacrificării intereselor societăţii (eficienţă, rentabilitate), în favoarea intereselor salariaţilor (salarii, stabilitatea locului de muncă etc.)

---

[1] Vz. în acelaşi sens, St. D. CĂRPENARU, *Drept comercial român*, vol. II, Ed. Atlas Lex, 1993, p.106.

[2] În legea franceză a societăţilor comerciale (Legea din 24 iulie 1966) s-au introdus prin Ordonanţa nr. 86-1135 din 21.10.1986, 8 articole (art. 97-1 - 97-8) care dau răspuns acestor tendinţe. În Germania, în societăţile cu mai puţin de 2000 de angajaţi, o treime din membrii consiliului de supraveghere sunt, obligatoriu, reprezentanţi ai salariaţilor; când numărul angajaţilor depăşeşte 2000, jumătate din numărul membrilor acestui consiliu sunt reprezentanţi ai salariaţilor. Vz. şi "*Administrarea societăţilor pe acţiuni*", p. 30.

[3] Vz. pentru dreptul francez M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit*, p.218.

Scanned with OKEN Scanner

Mai adăugăm că nu excludem posibilitatea suspendării contractului de muncă pe perioada exercitării mandatului de administrator de către salariat, soluţie care ar rezolva într-un mod rezonabil problema incompatibilităţii funcţiei de administrator cu cea de salariat.

Nu putem omite să semnalăm că opţiunea legiuitorului român la modificarea recentă a Legii nr. 31/1990 a fost de a nu da un răspuns tendinţei de socializare (în societăţile mari, cel puţin) a deciziei în societăţile comerciale. în plus, deşi problema a fost semnalată încă din 1993[1], recenta modificare nu dă un răspuns clar în ce priveşte cumulul calităţii de administrator cu cea de salariat al societăţii, lăsând, de altfel, nemodificat fostul art. 106 din lege, text care a dat naştere problemei.

Recenta Lege bancară (Legea nr. 58/1998), în art. 27, introduce o necesară precizare a regulilor acestui cumul în ce-i priveşte pe administratorii societăţilor bancare. Astfel, administrator al unei societăţi bancare nu poate fi ales, iar dacă a fost ales, decade din mandatul său, un salariat al băncii, cu excepţia conducătorilor acesteia (art. 27 alin. 2 lit. a).

De aici rezultă că:

- un salariat al băncii nu poate deveni administrator decât dacă, în prealabil, încetează raporturile de muncă cu banca, prin demisie;
- un administrator care este numit şi funcţionar al băncii (spre exemplu, director executiv), decade din mandatul de administrator.

Dar din textul art. 27 alin. 2 lit. a rezultă o concluzie care identifică o opţiune puţin justificabilă a legiuitorului: această restricţie nu se aplică acelor administratori care sunt şi conducători ai băncii (cel puţin 2, conform art. 3 lit. h din Legea bancară şi exercitând exclusiv funcţia în care au fost numiţi, conform art. 25 din Legea bancară).

Opţiunea legiuitorului ni se pare nejustificată, dat fiind faptul că, în primul rând conducătorii băncilor pot exercita exclusiv această funcţie (această restricţie este puţin compatibilă cu principiul constituţional al libertăţii muncii, art. 38 alin.

[1] Vz. St. D. CĂRPENARU, *op. cit.*, p.106.

1 din Constituţie). În al doilea rând, conducătorii băncilor sunt cei mai importanţi administratori ai băncilor; dacă se admite că pot fi salariaţi ai băncii (aşa cum rezultă din art. 27 alin. 2 lit. a din Legea nr. 58/1998), atunci va exista temerea societăţii de a-i revoca, dat fiind faptul că în instanţele de jurisdicţie a muncii se poate obţine reintegrarea în funcţie a conducătorilor băncii, cu despăgubiri; răspunderea conducătorilor băncii va fi o răspundere materială, adică limitată la prejudiciul efectiv suferit de bancă, cu excluderea beneficiului realizat, şi de asemenea, limitată la o parte din salariul lunar al conducătorului. Iar conducătorii băncii vor plăti impozit pe salarii, şi nu impozit pe venitul global (conform O.U.G. nr. 85/1997, publ. în M.Of. nr. 378 din 29.12.1997; impozitul pe venitul global al persoanei fizice – nesalariat – este limitat la 35% pe an – art. 4 alin. 1 – în timp ce impozitul pe salariu poate depăşi 50% şi se plăteşte lunar, de către angajator).

Problema este, deci, importanţa şi din punct de vedere fiscal, întrucât dacă administratorul este salariat, el este supus impozitului pe salarii, în timp ce, dacă este nesalariat, el este supus impozitului pe veniturile globale ale persoanelor fizice care realizează venituri din activităţi independente; în cazul salariatului societatea îi plăteşte acestuia impozitul pe salariu şi contribuţiile la asigurările sociale şi aceasta lunar, în timp ce în cazul persoanei fizice care realizează o activitate independentă, societatea îi plăteşte doar remuneraţia, urmând ca persoana fizică în cauză să se preocupe de plata impozitului pe venitul global (anual) şi contribuţiilor la asigurările sociale.

B. Administratorul - persoană juridică

B.1. Din art. 7 lit.e (relativ la societatea în nume colectiv, în comandită simplă şi cu răspundere limitată) şi din art. 8 lit.g (relativ la societatea pe acţiuni şi în comandită pe acţiuni) rezultă că administrarea unei societăţi poate fi încredinţată nu numai unei persoane fizice, ci şi unei persoane juridice[1].

[1] În societăţile bancare, administratorii nu pot fi decât persoane fizice (art. 27 alin 1 din Legea nr. 58/1998), cu excepţia cazului în care BNR instituie regimul de administrare specială a băncii, caz în care administratorul special poate fi şi o persoană juridică specializată.

Scanned with OKEN Scanner

Condiţiile de numire a unei persoane juridice în funcţia de administrator al unei societăţi comerciale sunt reglementate de art. 136, introdus prin O.G. nr. 32/1997.

Acest text este plasat de legiuitor în reglementarea referitoare la administrarea societăţii pe acţiuni, omisiunea reglementării acestor condiţii şi la celelalte tipuri de societăţi este o simplă inadvertenţă (a decide altfel ar însemna să se golească de conţinut art. 7 lit.e, în forma dată de O.G. nr. 32/1997), astfel că textul are aplicabilitate generală. Nu trebuie uitat, însă, că societatea pe acţiuni este cea care reclamă cel mai des o administrare profesională, specializată, fie din partea unei alte societăţi comerciale (care poate să fie chiar o filială a societăţii sau societatea-mamă), fie din partea unor persoane fizice specializate.

Astfel, conform art. 136 din lege, o persoană juridică poate fi numită sau aleasă în funcţia de administrator al societăţii comerciale, în condiţiile art. 135, adică persoana fizică desemnată reprezentant permanent al persoanei juridice administrator trebuie să îndeplinească aceleaşi condiţii pe care trebuie să le îndeplinească o persoană fizică: capacitate, onorabilitate, cetăţenie (nu şi calitatea de asociat). În plus, credem că persoana juridică desemnată administrator trebuie să îndeplinească unele condiţii speciale: experienţă în managementul afacerilor, bonitate, depunerea unei garanţii (în privinţa cerinţei depunerii garanţiei, cerinţă ce se referă doar la societăţile pe acţiuni, întrucât legea nu distinge, se aplică aceleaşi dispoziţii ale art. 135 referitoare la persoana fizică şi analizate mai sus).

Drepturile şi obligaţiile părţilor se stabilesc printr-un ***contract de administrare*** (art. 136 alin.2), contract care are natura juridică a mandatului comercial, pentru că are ca obiect tratarea de afaceri comerciale în numele şi pe seama societăţii comerciale administrate (art. 374 C.com.), fiind evident un contract remunerat, întrucât în comercial nici o prestaţie nu se presupune a fi gratuită (desigur că mandatul acesta poate fi gratuit, prin intermediul unei stipulaţii exprese în contract şi situaţia se poate întâlni mai des când societatea-mamă are şi atribuţia de

Scanned with OKEN Scanner

administrare a filialei sale). Fiind vorba de o ***activitate*** comercială de mandat (şi nu de operaţiuni comerciale izolate, subsidiare obiectului principal de activitate), înseamnă că persoana juridică - administrator este obligatoriu o societate comercială care are ca obiect de activitate (nu neapărat unic şi nici principal), managementul afacerilor, furnizarea de specialişti în administrarea societăţilor comerciale. Astfel, conform art. 3 din Ordonanţa Guvernului nr. 20/1998 privind constituirea şi funcţionarea fondurilor cu capital de risc (M. Of. nr. 41/30.01.1998), fondurile cu capital de risc care se înfiinţează şi se organizează sub forma societăţilor pe acţiuni pot asigura:

a) consultanţă şi asistenţă managerială societăţilor comerciale cu capital privat, în vederea dezvoltării, reorganizării sau a restructurării acestora, precum şi a extinderii activităţii lor sau a iniţierii de noi afaceri;

b) participarea la managementul societăţilor comerciale la care deţin acţiuni sau părţi sociale.

Fondurile cu capital de risc sunt organisme de plasament în valori mobiliare constituite ca fonduri închise de investiţii, prin mobilizarea resurselor financiare de la persoanele juridice de drept privat, române sau străine (art. 1 din Ordonanţa nr. 20/1998). Aceste fonduri cu capital de risc se constituie fie ca societate civilă particulară, fără personalitate juridică, fie ca ***societate de investiţii*** (organizată ca societate pe acţiuni în baza art. 5 lit. a, respectiv b din Ordonanţa nr. 20/1998). În ce priveşte societatea de investiţii, actul său constitutiv se întocmeşte în conformitate cu reglementările Comisiei Naţionale a Valorilor Mobiliare (CNVM), capitalul minim al unor astfel de societăţi se stabileşte tot prin reglementări ale CNVM, dar acest capital trebuie să fie integral vărsat la constituirea societăţii şi să fie constituit numai din aporturi în numerar. Numărul de acţionari este de maximum 50. Nici un fond organizat ca societate de investiţii nu poate fi înmatriculat fără avizul CNVM (art. 2 alin. 2 din Ordonanţă). Orice fond cu capital de risc organizat ca societate de investiţii trebuie să fie cotat pe o piaţă organizată de valori mobiliare, în 90 de zile de la data emisiunii (art. 10 alin. 3 din Ordonanţa nr. 20/1998).

Scanned with OKEN Scanner

Din cele arătate, rezultă că fondurile cu capital de risc cu personalitate juridică (societăţi comerciale) pot îndeplini funcţia de administrator unic sau în colaborare cu alţi administratori, într-o societate comercială, conform art. 136 din Legea nr. 31/1990. Aceste fonduri cu capital de risc se pot implica, şi este de dorit să se implice, în societăţile mari, în procesul de reorganizare, restructurare, eficientizare a acestora, iar în întreprinderile mici şi mijlocii (I.M.M) în extinderea activităţii acestora şi în iniţierea de afaceri noi.

O persoană juridică fără scop lucrativ (de exemplu, o asociaţie sau o fundaţie care îşi propune să sprijine cu specialişti dezvoltarea întreprinderilor mici şi mijlocii) nu ar putea exercita această funcţie decât dacă ar fi neremunerată sau dacă ar face-o prin intermediul unei întreprinderi economice accesorii scopului său principal nelucrativ (art. 40 din Legea nr. 21/1924 privind persoanele juridice prevede această ultimă posibilitate numai pentru asociaţii fără scop lucrativ, nu şi pentru fundaţii). Iar o societate comercială care nu are înscrisă în obiectul său de activitate (social) această activitate de administrare a altor societăţi comerciale, nu ar putea încheia un contract de administrare, pentru că se opune principiul specialităţii capacităţii de folosinţă a persoanei juridice (art. 34 din Decretul nr. 31/1954), nefiind vorba de operaţiuni comerciale izolate ci de o activitate (obişnuită) de management.

Din art. 136 alin.2 rezultă că o clauză principală în contractul de administrare va fi aceea referitoare la desemnarea persoanei fizice, reprezentant permanent al persoanei juridice administrator. Acest reprezentant permanent are aceeaşi răspundere civilă şi penală ca şi un administrator persoană fizică, fiind supus aceloraşi condiţii şi obligaţii ca şi acesta din urmă (mai puţin calitatea de asociat şi garanţia, care se depune de către persoana juridică administrator). Faptul că reprezentantul permanent este asimilat în drepturi şi obligaţii cu persoana fizică - administrator nu reduce cu nimic răspunderea persoanei juridice administrator, care rămâne obligată solidar cu reprezentantul permanent pentru toate actele şi faptele juridice săvârşite de acesta în administrarea societăţii comerciale.

Scanned with OKEN Scanner

Persoana juridică administrator nu va putea să-şi revoce reprezentantul permanent fără să-l înlocuiască, în acelaşi timp, cu un alt reprezentant permanent (art. 136 alin.3).

Ca o concluzie, putem spune că, cel puţin aparent, poziţia oficială de administrator al unei societăţi deţinută de o persoană juridică este destul de dezavantajoasă şi riscantă: această persoană juridică este direct responsabilă (şi în solidar cu persoana fizică - reprezentant permanent) de prejudiciile ce pot apare pentru societate, astfel administratorul văzându-şi expuse bunurile din patrimoniul propriu unei executări silite din partea chiar a creditorilor sociali (în caz de faliment al societăţii, când tribunalul poate dispune ca o parte din pasivul societăţii să fie acoperit de administrator) dar, mai ales, din partea societăţii.

B.2. În legislaţia actuală sunt reglementate câteva situaţii (a-d) în care administrarea unor societăţi este încredinţată unor persoane juridice. În principiu, acest mod de administrare este facultativ, dar există cazuri de administrare obligatorie a unor societăţi prin alte societăţi.

a) Managerul unei regii autonome sau al unei societăţi comerciale la care statul deţine cel puţin 50% din acţiuni sau părţile sociale poate fi şi o persoană juridică aşa cum rezultă din art. 3 lit. b din Legea nr. 66/1993 privind contractul de management. În societăţile comerciale, persoana juridică-manager poate fi română sau străină.

Cum managerul exercită, conform art. 3 alin. 2 din Legea nr. 66/1993, cel puţin atribuţiile prevăzute de lege pentru administrator sau pentru consiliul de administraţie, rezultă că, în principiu, managementul este, conform acestei legi, o formă de exercitare a funcţiei de administrator al unei societăţi comerciale de către o persoană juridică, iar contractul de management în acest caz, este un contract de administrare, în sensul art. 135 din Legea nr. 31/1990.

Pentru a putea fi desemnată în funcţia de manager, conform art. 4 pct. 2 şi art. 5 pct. 2 din Legea nr. 66/1993, o persoană juridică trebuie să îndeplinească următoarele condiţii:

Scanned with OKEN Scanner

- să aibă personalitate juridică, obiect de activitate şi experienţă în domeniul managementului şi bonitate;

- să nu fi fost declarată în faliment, să nu fi fost sancţionată pentru încălcarea dispoziţiilor legale în materie fiscală şi să nu figureze pe lista managerilor cărora li s-a revocat mandatul.

Conţinutul minim al contractului de management este dat de art. 10 din Legea nr. 66/1993. Se observă din art. 13-14 că criteriile de performanţă şi realizarea lor reprezintă clauze esenţiale în contract.

Între cauzele de încetare a contractului, observăm că aceleaşi probleme ridicate de revocarea managerului-persoană fizică se ridică şi referitor la persoana juridică-manager, deoarece art. 16 lit. b şi art. 18 din Legea nr. 66/1993 sunt comune celor două categorii de manageri, adică: revocarea nu poate fi dispusă de societate decât în cazul neîndeplinirii obligaţiilor din contract şi numai în condiţiile stabilite în contract; deci, nu este vorba de o revocabilitate *ad nutum*, care este de esenţa mandatului comercial, ci de o revocabilitate condiţionată, ceea ce nu este justificat în cazul persoanelor juridice-manager (spre deosebire de situaţia managerului persoană fizică unde considerente de protecţie socială justifică un asemenea regim). Dar, în orice caz, revocarea abuzivă a contractului de management nu dă dreptul managerului la reintegrarea în funcţie, ci doar la daune-interese.

b) Societăţile de administrare a investiţiilor, reglementate prin Ordonanţa Guvernului nr. 24/1993 (M.Of. nr. 210 din 30.08.1993), aprobată prin Legea nr. 83/1994, precum şi de Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM (M. Of. nr. 276/6.11.1996), mai precis partea a-IV-a din acest regulament, se constituie cu scopul exclusiv de a administra fondurile (închise sau deschise) de investiţii, precum şi societăţile de investiţii colective.

Din art. 34 al O.G. nr. 24/1993 rezultă că societăţile de administrare a investiţiilor au ca unic şi exclusiv obiect de activitate administrarea fondurilor deschise de investiţii şi a societăţilor de investiţii colective şi activităţile adiacente şi auxiliare administrării, iar acest tip de activitate este rezervat

Scanned with OKEN Scanner

societăţilor de administrare, legal autorizate în acest scop de CNVM. Acest text este aplicabil şi fondurilor cu capital de risc prin dispoziţiile art. 9 din O.G. nr. 20/1998 care, făcând trimitere la dispoziţiile O.G. nr. 24/1993 referitoare la societăţile de administrare a investiţiilor, consacră obligativitatea încheierii unui contract de administrare numai cu o astfel de societate şi pentru fondurile cu capital de risc (fonduri închise de investiţii), organizate ca societăţi civile fără personalitate juridică.

Din coroborarea dispoziţiilor O.G. nr. 24/1993 cu cele ale O.G. nr. 20/1998 rezultă că ***fondurile de investiţii*** pot fi fonduri ***deschise*** de investiţii (organizate ca societăţi civile, conform art. 5 alin. 1 din O.G. nr. 20/1993, fără personalitate juridică) sau fonduri cu capital de risc, denumite şi fonduri închise de investiţii (organizate fie ca societate civilă, fără personalitate juridică, fie ca societate pe acţiuni, conform art. 5 lit. a, respectiv lit. b din O.G. nr. 20/1998).

În categoria fondurilor ***deschise*** de investiţii poate fi încadrată şi societatea de investiţii colective, reglementată de art. 14 şi următoarele din O.G. nr. 24/1993, deoarece se constituie obligatoriu prin ofertă publică şi au minim 50 acţionari (este, deci, o societate ***deschisă***, în sensul art. 2 lit. i din Legea nr. 52/1994).

Fondurile deschise de investiţii, precum şi fondurile cu capital de risc constituite în forma societăţilor civile fără personalitate juridică, ***sunt obligate*** să încheie cu o societate de administrare a investiţiilor, ***un contract de administrare***. În ce priveşte societatea de investiţii colective (pe care o calificăm tot fond deschis de investiţii), obligativitatea contractului de administrare cu o societate de administrare a investiţiilor rezultă din interpretarea art. 15 alin. 4 din O.G. nr. 24/1993, conform căruia CNVM autorizează funcţionarea unei societăţi de investiţii colective, fără să existe un contract de administrare, ***numai dacă*** o astfel de societate dovedeşte existenţa unor resurse, structuri şi capacităţi organizatorice adecvate - deci este vorba de o excepţie, pentru că regula este dată de art. 15 alin. 3, conform căruia societatea de investiţii colective încheie con-

Scanned with OKEN Scanner

tracte de administrare cu societatea autorizată de administrare a investiţiilor.

În ce priveşte fondul cu capital de risc organizat ca societate de investiţii (societate pe acţiuni cu maximum 50 de acţionari), încheierea unui contract de administrare este doar ***facultativă*** din două motive:

➡ în primul rând, art. 9 din O.G. nr. 20/1998 instituie obligaţia încheierii contractului de administrare, făcând trimitere pentru regimul juridic aplicabil contractului de administrare la O.G. nr. 24/1993, numai faţă de fondurile cu capital de risc care sunt organizate ca societăţi civile fără personalitate juridică;

➡ în al doilea rând, societatea de investiţii (fond închis de investiţii, cu capital de risc) se poate administra singură, prin specialiştii proprii, din moment ce pot asigura consultanţă şi asistenţă managerială altor societăţi (art. 3, lit. a şi b din O.G. nr. 20/1998).

Conţinutul minim şi forma contractului de administrare sunt date de Anexa nr. 3 la Regulamentul nr. 9 din 27.08.1996 al CNVM (M. Of. nr. 276/6.11.1996), aşa cum, de altfel, dispune art. 7 alin. 2 din O.G. nr. 24/1993. Lipsa formei prevăzute în Regulament sau a unei menţiuni din conţinutul minim al contractului de administrare duce la nulitatea sau inexistenţa ca atare a contractului de administrare; deşi o astfel de sancţiune nu e prevăzută în lege, totuşi, ea se impune, din moment ce Anexa nr. 3 la Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM dă un conţinut minimal solemn (formal) contractului de administrare, contract care trebuie autorizat prealabil de CNVM.

Contractul de administrare se încheie, în cazul societăţilor de investiţii colective, de către fondatorii acestora. În cazul fondurilor (deschise sau închise) de investiţii, acest contract se încheie iniţial de către membrii fondatori ai fondului şi apoi de ***consiliul de încredere***, organism al societăţii civile respective (care n-are personalitate juridică) chemat să reprezinte societatea în relaţiile cu societatea de administrare a investiţiilor, cu CNVM şi cu terţii. Observăm aici că, dacă în ce

Scanned with OKEN Scanner

priveşte fondul cu capital de risc, organizat ca societate civilă, consiliul de încredere este reglementat prin lege (art. 8 din O.G. nr. 20/1998), în ce priveşte fondurile deschise de investiţii, acest consiliu de încredere nu e reglementat prin O.G. nr. 24/1993, ci doar prin Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM (care, de altfel, a apărut la mai mult de 2 ani de la apariţia O.G. nr. 24/1993), ceea ce înseamnă că legea este completată prin acte normative ale CNVM (organism ce face parte din sistemul administraţiei publice centrale, supus controlului direct al Parlamentului, şi nu al Guvernului). Din punctul de vedere al legalităţii, situaţia provoacă serioase dubii şi inconveniente. Dar, cum se va arăta, situaţia nu este singulară.

În afară de obligaţiile obişnuite ale administratorului, societatea de administrare a investiţiilor are şi unele ***obligaţii specifice***:

➡ în cazul fondurilor deschise de investiţii şi al societăţilor de investiţii colective, elaborează prospectul de ofertă publică pentru constituirea acestora (art. 20, O.G. nr. 24/1993) care trebuie să conţină, în cazul fondului deschis de investiţii, textul contractului de societate civilă, iar în cazul societăţii de investiţii, actul constitutiv al societăţii, în proiect. Prospectul trebuie autorizat (aprobat) de CNVM şi, ulterior, publicat, pentru a ajunge la cunoştinţa eventualilor subscriitori;

➡ în procesul constituirii societăţii de investiţii colective pe care o administrează, trebuie să obţină de la CNVM o autorizaţie prealabilă fazei de constituire propriu-zise, la Registrul Comerţului, precum şi, ulterior constituirii, o autorizaţie de funcţionare (art. 31). O serie de alte acte şi operaţiuni sunt supuse, la rândul lor, autorizării prealabile a CNVM (art. 32 din O.G. nr. 24/1993) - cum ar fi modificările actelor constitutive (în structura proprietăţii societăţii administrate, în conducerea acesteia etc.). Inclusiv contractul de administrare trebuie autorizat prealabil de CNVM (art. 32 lit. d, O.G. nr. 24/1993). În cazul fondurilor închise de investiţii organizate ca societăţi pe acţiuni, când există contract de administrare, societatea de administrare trebuie să obţină un aviz prealabil de la CNVM

Scanned with OKEN Scanner

(art. 7 alin. 2, O.G. nr. 20/1998) şi, desigur, o autorizaţie ulterioară de funcţionare de la CNVM (deşi din art. 7 alin. 2 al O.G. nr. 20/1998 nu rezultă că această autorizaţie de funcţionare ar fi obligatorie, totuşi, considerăm că aceasta se impune, întrucât societatea de investiţii este obligată să se înscrie la bursa de valori, în 90 de zile de la emiterea acţiunilor sale);

➡ în ce priveşte fondurile de investiţii (închise sau deschise) organizate ca societăţi civile fără personalitate juridică, societatea de administrare este obligată să obţină ***autorizarea*** acestora de la CNVM (art. 5 alin. 1 din O.G. nr. 24/1993 şi, respectiv, art. 7 alin. 1 din O.G. nr. 20/1998), care verifică, între altele, realitatea vărsământului integral subscris, conformitatea contractului de societate civilă (forma şi conţinutul minimal al acestuia sunt prevăzute în anexa la Regulamentul nr. 9/1996 al CNVM), constituirea legală a societăţii de administrare şi activitatea acesteia, contractul de administrare, reglementările interne ale fondului de investiţii etc.;

➡ înscrierea la o bursă de valori a societăţii de investiţii colective administrate, în 90 de zile de la data emisiunii acţiunilor sale (art. 16 alin. 3 din O.G. nr. 24/1993);

➡ raportări lunare, trimestriale, semestriale şi anuale, verificate şi certificate de cenzori externi independenţi, asupra activităţii şi activelor fondurilor de investiţii, fie că sunt deschise, fie că sunt închise (cu capital de risc) - obligaţia este înscrisă în art. 21 din O.G. nr. 24/1993, precum şi în O.G. nr. 20/1998.

c) Un alt caz de reglementare a administrării unei societăţi comerciale de către o persoană juridică îl reprezintă procedura de administrare specială a băncilor, instituită prin Legea bancară (Legea nr. 58/1998).

Activitatea de administrare specială a unei bănci este încredinţată de către BNR unui administrator special, care poate fi şi o ***persoană juridică specializată***, constituită conform legii (art. 80 din Legea nr. 58/1998). Pe perioada administrării speciale a băncii respective se suspendă dreptul acţionarilor băncii la dividende, dreptul de a numi sau revoca pe administratori, precum şi activitatea consiliului de administraţie al băncii (care este preluată integral de administratorul special,

Scanned with OKEN Scanner

pe perioada administrării speciale, conform art. 81 alin. 1 din Legea nr. 58/1998) şi a cenzorilor; se suspendă şi dreptul la remuneraţie al administratorilor ordinari şi al cenzorilor.

Se observă că procedura administrării speciale este o ***măsură sancţionatorie*** aplicată de către BNR băncii respective, pentru motivele arătate în art. 79 din Legea nr. 58/1998, respectiv:

➡ măsurile de supraveghere specială nu au dat rezultate într-o perioadă de până la 120 zile (este vorba de măsuri impuse de BNR, conform art. 76-77 contra unei bănci comerciale care a încălcat legea sau reglementările prudenţiale ale BNR sau care se află într-o situaţie financiară precară; măsurile constau, în principal, în urmărirea, printr-o comisie numită de BNR, a modului în care conducerea băncii acţionează pentru remedierea deficienţelor constatate, avizarea unor decizii ale acestora, modificarea reglementărilor proprii ale băncii; comisia nu se substituie conducerii băncii, dar conducerea băncii nu poate lua decizii contrare celor dispuse de comisie);

➡ există date certe care conduc la concluzia că banca va deveni insolvabilă în următoarele 90 de zile. Observăm că, în acest caz, administrarea specială are caracteristicile unei proceduri pre-falimentare; o astfel de procedură reprezintă o inovaţie, fiind prima de acest gen după ce, prin Legea nr. 64/1995 a falimentului se suprimase orice procedură pre-falimentară (în reglementarea falimentului dată de Codul comercial, art. 655-888, existau două proceduri pre-falimentare, moratoriul şi concordatul preventiv; acestea au fost suprimate, pentru că s-a considerat că sunt inutile, fără rezultate notabile). Considerăm salutară această inovaţie, dat fiind faptul că falimentul, ca şi boala unui organism, este mai bine să fie prevenit decât tratat, pentru că, de multe ori, tratamentul nu mai dă rezultate.

În ce priveşte obligaţiile specifice administratorului special, observăm că legea impune acestuia ca, în 45 de zile de la numire să prezinte consiliului de administraţie al BNR un raport scris cu privire la starea financiară a băncii şi la

Scanned with OKEN Scanner

posibilităţile de redresare, raport la care trebuie să anexeze evaluarea patrimoniului băncii (cu activ şi pasiv), situaţia recuperării creanţelor, a lichidării debitelor etc. BNR decide apoi, pe baza acestui raport, dacă prelungeşte activitatea administratorului special sau retrage autorizaţia băncii şi sesizează instanţa competentă pentru declararea falimentului băncii.

Dacă administrarea specială a fost prelungită, administratorul special prezintă periodic BNR rapoarte asupra situaţiei financiare a băncii; el va administra banca stabilind condiţiile optime pentru conservarea activelor şi încasarea creanţelor în ***interesul deponenţilor şi al altor creditori*** (deci, nu în interesul băncii, ceea ce se justifică prin faptul că banca este într-o procedură pre-falimentară şi nu în cursul activităţii sale normale).

Dacă administrarea specială a dus la redresarea băncii, atunci măsura respectivă este ridicată şi banca îşi reia activitatea sub controlul organelor sale statutare (art. 82 alin. final din Legea nr. 58/1998). De aici rezultă că măsura administrării speciale nu este numai o sancţiune, ci şi ***o măsură în favoarea băncii şi a clienţilor săi***; de altfel, scopul principal al măsurii este redresarea băncii, dată fiind importanţa sa economică şi socială şi numai în subsidiar, când nu există şanse de redresare prin această măsură, declararea băncii în faliment. Din acest punct de vedere, pare logic ca în contractul de administrare a băncii de către o persoană juridică specializată, obiectivul de redresare a băncii să fie stabilit ca o clauză contractuală de performanţă, remunerată corespunzător, dar care să şi atragă responsabilitatea administratorului pentru neatingerea acestui obiectiv: o asemenea idee este plauzibilă mai ales că administratorul special are la dispoziţie 45 zile pentru a cunoaşte situaţia financiară a băncii şi, implicit, posibilităţile sale de redresare, putând refuza să semneze contractul de administrare în cazul în care redresarea nu-i pare posibilă.

O problemă importantă rezultă din analiza impactului art. 82 alin. 2 din Legea nr. 58/1998 asupra Legii falimentului băncilor (Legea nr. 83/1998). Astfel, BNR, în baza art. 82 alin. 2 din

Scanned with OKEN Scanner

Legea nr. 58/1998, în urma analizei raportului administratorului special asupra situaţiei financiare a băncii, va decide, în 15 zile, dacă prelungeşte administrarea specială sau decide să sesizeze instanţa competentă pentru declararea ***procedurii de lichidare*** a băncii; dat fiind că Legea falimentului băncilor nu mai reglementează procedura reorganizării judiciare a băncilor şi pentru că art. 82 alin. 2 din Legea bancară dispune că BNR poate decide fie prelungirea procedurii de administrare, fie sesizarea instanţei pentru lichidarea (falimentul) băncii, nu şi reorganizarea sa judiciară, se pune întrebarea dacă ***mai este posibilă procedura reorganizării băncilor.***

Deşi măsura administrării speciale a băncii este facultativă (aşa cum rezultă din art. 79 din Legea bancară), iar conform art. 13 din Legea falimentului băncilor, falimentul unei bănci se porneşte, ***de regulă*** (deci nu întotdeauna, n.n., G.P.), după constatarea de către BNR că aplicarea măsurilor de supraveghere specială, desfăşurate în scopul redresării băncii, nu a condus la evitarea stării de insolvabilitate, totuşi, considerăm că reorganizarea judiciară a băncilor nu mai este posibilă conform legislaţiei actuale.

Măsura redresării băncilor nu mai poate fi instituită decât ca măsură pre-falimentară, adică administrare specială.

Soluţia se bazează pe următoarele argumente:

➡ art. 1 din Legea falimentului băncilor dispune că băncilor aflate în stare de insolvabilitate li se aplică procedura falimentului din această lege (nu şi procedura reorganizării judiciare);

➡ din art. 21 al aceleiaşi legi rezultă că doar procedurilor de lichidare (nu şi unei eventuale reorganizări judiciare) li se aplică dispoziţiile Legii nr. 64/1995, în completare, mai precis cele din Cap. III, Secţiunea a 6-a "Falimentul";

➡ art. 27 din Legea falimentului băncilor dispune că această lege se completează cu dispoziţiile compatibile ale Codului de procedură civilă, nu şi cu cele ale Legii nr. 64/1995.

Din această cauză credem că administrarea specială a băncilor, mai ales prin persoane juridice specializate, devine deosebit de importantă pentru redresarea şi salvarea băncilor,

Scanned with OKEN Scanner

din moment ce nu mai este posibilă redresarea băncii în urma unei reorganizări judiciare, iar dispariţia unei bănci poate provoca consecinţe incalculabile.

d) În fine, un alt caz de reglementare a administrării societăţilor comerciale prin persoane juridice îl reprezintă dispoziţiile art. 10-11 din Legea falimentului băncilor (Legea nr. 83/1998, publicată în M.Of. nr. 159/22.04.1998), privitoare la lichidatorul băncilor aflate în procedura falimentului.

Astfel, acest lichidator, propus de judecătorul-sindic cu avizul BNR, trebuie numit de tribunal dintre persoanele juridice specializate (art. 10).

Deşi lichidatorul nu este propriu-zis un administrator, totuşi, el exercită veritabile funcţii de administrare, fiind învestit cu puteri de gestionare şi de control asupra băncii debitoare (art. 11) şi fiind abilitat să ia măsurile necesare pentru lichidarea activelor băncii la preţuri optime, continuarea sau întreruperea operaţiunilor băncii, împrumuturi, angajări personal etc.

Se observă deci, că în acest caz administrarea printr-o persoană juridică specializată este obligatorie.

C. Categorii speciale de administratori

C.1. Administratorii societăţilor cu capital majoritar de stat; distincţia faţă de membrii în adunarea generală a acţionarilor în aceste societăţi

Prin legea nr. 15/1990 fostele întreprinderi socialiste de stat s-au transformat fie în regii autonome[1], fie în societăţi comerciale. De asemenea, pe baza O.U.G. nr. 30/1997 (aprobată prin Legea nr. 207/1997), majoritatea regiilor autonome urmează a se transforma în societăţi comerciale.

Ambele categorii de societăţi comerciale sunt supuse regimului de drept comun instituit prin Legea nr. 31/1990 (inclusiv, deci, regimul juridic şi responsabilităţile administratorilor), cu unele aspecte specifice şi derogări rezultate din

[1] În doctrină (O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Coordonatele juridice ale privatizării*", partea I, RDC nr. 3/1996, p. 6) s-a apreciat că "regiile autonome beneficiază de calitatea de persoane juridice de drept public".

Scanned with OKEN Scanner

faptul că statul este fie acţionar/asociat unic, fie majoritar în aceste societăţi.

Aceste societăţi sunt supuse procesului de ***privatizare*** cu specificarea că, în ramurile strategice ale economiei naţionale (energetică, minerit, petrol şi gaze, poştă, telecomunicaţii, transporturi feroviare) Guvernul poate decide în privinţa societăţilor rezultate din transformarea regiilor autonome respective, fie păstrarea acţiunii nominative de control, fie vânzarea pachetului majoritar către investitorii de portofoliu - art. 34 alin. 1 din O.U.G. nr. 88/1997 a privatizării; statul urmează a se retrage treptat din aceste societăţi sau să piardă controlul asupra lor.

Astfel, conform art. 16 alin. 1 din fosta Lege a accelerării privatizării (Legea nr. 55/1995), când cel puţin 51% din acţiunile societăţii respective au devenit proprietatea unor persoane fizice sau a unor persoane juridice private, în maximum 60 de zile se convoacă adunarea generală a acţionarilor pentru modificarea actelor constitutive şi alegerea noilor administratori.

O regulă asemănătoare este cuprinsă şi în O.U.G. nr. 5/01.03.1997. În actuala reglementare (O.U.G. nr. 88/1997 privind privatizarea) nu există o astfel de regulă, dar aceasta se impune dat fiind faptul că statul, în urma privatizării, pierde controlul asupra societăţii. Pe de altă parte, convocarea adunării generale pentru a schimba actele constitutive şi a alege noi administratori se impune şi din alte două considerente majore:

➡ actele constitutive ale societăţilor comerciale în care statul este unic acţionar sau acţionar majoritar, indiferent dacă e vorba de societăţile constituite în baza Legii nr. 15/1990 ori în baza O.U.G. nr. 30/1997, nu au natură juridică contractuală, de acte juridice de drept privat, ci sunt ***acte administrative***[1]; aceste societăţi sunt constituite prin hotărâri de Guvern, ori prin decizii ale administraţiei publice locale, în funcţie de

[1] Vz. în acest sens, CSJ, Secţia comercială, dec. nr. 472/18.10.1994, în Buletinul Jurisprudenţei pe anul 1994, p. 198-200.

Scanned with OKEN Scanner

caracterul naţional sau local al societăţii, statutele lor fiind anexe la aceste hotărâri de Guvern sau decizii. Pentru încadrarea integrală în dispoziţiile generale privind societăţile comerciale (inclusiv art. 1490 - 1491 C.civ. privind societăţile civile, aplicabile, în baza art. 1 alin. 2 C.com., şi societăţilor comerciale), aceste acte constitutive trebuie schimbate cu altele noi, de drept privat;

➡ administratorii acestor societăţi nu sunt ***aleşi*** de adunarea generală a acţionarilor, ci ***desemnaţi autoritar*** de stat[1], prin intermediul FPS; de altfel, în aceste societăţi, până la finalizarea privatizării, nici nu există propriu-zis o adunare generală a acţionarilor, ci atribuţiile acesteia sunt exercitate de reprezentanţii FPS şi ai fostelor FPP (actualmente, SIF).

Rezultă că, în societăţile în care statul mai deţine încă procentul majoritar de acţiuni ori controlul asupra acestora, administratorii acestor societăţi au o poziţie juridică specifică şi, în acelaşi timp, tranzitorie. Astfel, în afară de obligaţiile şi răspunderile administratorilor ce ţin de regimul de drept comun al acestora, administratorii societăţilor comerciale la care statul deţine controlul au şi obligaţii specifice, faţă de cei ce i-au numit. O obligaţie specifică este şi aceea de a organiza aceste adunări generale în urma cărora societăţile privatizate se supun în întregime regimului juridic de drept comun.

Dat fiind faptul că, din punct de vedere practic şi, din păcate, şi legislativ, se observă[2] o confuzie între aceşti administratori şi reprezentanţii FPS ori ai fostelor Fonduri ale Proprietăţii Private (actualmente Societăţi de Investiţii Financiare) în adunarea generală a acţionarilor, pe de o parte, şi, pe de altă parte, o diluare a răspunderii acestor administratori faţă de societate şi

---

[1] Conform doctrinei (O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Coordonatele juridice ale privatizării*", partea a II-a, RDC nr. 4/1996, p. 15), "Structura factorilor de decizie în societăţile comerciale cu capital de stat diferă substanţial de sistemul de drept comun, contrapunând principiul ***desemnării autoritare*** celui al ***electivităţii*** organelor de conducere".

[2] Vz. pentru amănunte, V. PĂTULEA, "*Răspunderea juridică a organelor de conducere, administrative şi control ale societăţilor comerciale cu capital de stat*", în revista Dreptul nr. 1/1996, p. 4.

Scanned with OKEN Scanner

faţă de cei ce i-au numit, ceea ce provoacă serioase inconveniente practice şi insuccese manageriale, credem că este necesară o delimitare a acestora, pornind mai întâi, de la evoluţia legislativă a acestor societăţi.

La momentul constituirii societăţilor comerciale rezultate din transformarea fostelor întreprinderi socialiste de stat, pe baza Legii nr. 15/1990, statul a cedat proprietatea asupra bunurilor pe care le-a constituit ca aport la capitalul social al acestor societăţi, bunuri care, până la momentul transformării erau în ***administrarea*** operativă a întreprinderii socialiste transformate (aceeaşi operaţiune se întâmpla şi în procesul de transformare a regiilor autonome în societăţi comerciale, atâta doar că regiile autonome sunt proprietare asupra bunurilor din patrimoniul acestora, cu excepţia bunurilor proprietate publică pe care le administrează). De altfel, era logic să fie aşa, din moment ce fostul art. 35 din Legea nr. 31/1990 (actualmente art. 65, parţial modificat) dispunea că bunurile aduse ca aport la capitalul social al societăţii, în lipsă de stipulaţie contrară, devin proprietatea societăţii, regulă existentă deja în art. 20 alin. 2 din Legea nr. 15/1990 (lege anterioară Legii nr. 31). Jurisprudenţa s-a pronunţat în acest sens arătând că acest drept de proprietate nu este un simplu drept de administrare operativă[1], iar Curtea Constituţională a statuat că e vorba de o ***proprietate privată***[2].

Pierzând dreptul de proprietate asupra bunurilor constituite ca aport la capitalul social al societăţii comerciale, statul a devenit titular de acţiuni sau părţi sociale, adică a dobândit calitatea de ***creditor*** al societăţii respective, fiind îndreptăţit la dividende şi la recuperarea aportului în eventualitatea în care, în urma lichidării, societatea ar mai avea active. Rezultă că este greşit din punct de vedere terminologic şi logic a se vorbi de privatizarea societăţilor comerciale, pentru că acestea sunt

---

[1] CSJ, Secţia contencios administrativ, decizia din 13.04.1994 (nr. 284), în Buletinul Jurisprudenţei pe anul 1994, p. 321.

[2] Curtea Constituţională, dec. nr. 63/04.11.1993, în "*Culegere de decizii şi hotărâri pe anii 1992-1993*", Bucureşti, 1994, p. 319.

Scanned with OKEN Scanner

"privatizate" de la constituirea lor; aportul la capital şi acţiunile/părţile sociale dobândite în schimb de stat sunt publice, privatizabile.

Consecinţele acestui transfer de proprietate au fost precizate încă din 1993[1], când s-a arătat că relaţia de subordonare administrativă ce exista până în momentul în care fosta întreprindere socialistă de stat a devenit societate comercială a dispărut; totodată, organele administraţiei de stat nu mai au a se amesteca, pe cale administrativă, în organizarea şi funcţionarea societăţilor comerciale, indiferent de poziţia acelor organe în ierarhia administrativă, întrucât societatea comercială, chiar cu capital de la stat, este o persoană juridică de drept privat, autonomă şi independentă faţă de stat.

Cu toate acestea, s-a arătat[2], în mod justificat, că, în fapt, autonomia menţionată suferea, totuşi, unele ştirbiri, din cauza atribuţiilor exercitate de FPS faţă de societatea comercială cu capital de stat.

Adăugăm că, în cele mai multe cazuri, în societăţile cu capital de stat lucrează sute şi mii de salariaţi, această componentă socială forţând statul la diverse subvenţii şi facilităţi acordate acestor societăţi, dar şi societăţile respective la o dependenţă economică faţă de stat.

Particularitatea - una dintre ele - că la aceste societăţi, adunarea generală a acţionarilor se constituie din reprezentanţii FPS şi FPP (actualmente, SIF), conform cu cota de capital deţinută în respectiva societate, FPS numindu-şi reprezentanţii pe bază de mandat (art. 23 lit. k din fostul Regulament de organizare al FPS, aprobat prin H.G. nr. 463/1992, actualmente abrogat; art. 11 lit. k şi i din actualul Regulament al FPS, anexa 2 la H.G. nr. 55/1998, M. Of. nr. 66/12.02.1998), ***adânceşte această dependenţă***. În orice societate comercială în care statul mai deţine încă procentul majoritar de 70%, directivele

---

[1] V. BABIUC *"Despre fuziunea societăţilor comerciale cu capital integral de stat"*, în RDC nr. 5/1993, p. 23.

[2] O. CĂPĂŢÂNĂ, *"Coordonatele juridice ale privatizării"*, partea a II-a, în RDC nr. 4/1996, p.9.

Scanned with OKEN Scanner

de la centru sunt impuse, în mod constrângător, de reprezentanţii FPS[1], căci aceştia, la rândul lor sunt obligaţi prin mandat ca, în deciziile de oportunitate şi eficienţă luate de societatea comercială să aibă în vedere criteriile orientative date în scris de FPS, astfel că nu societatea în cauză decide, ci FPS, prin intermediul reprezentantului desemnat.[2]

De altfel, acest fapt rezultă din însuşi conţinutul art. 11 lit. k şi i din noul Regulament al FPS.

FPS îşi numeşte prin mandat reprezentantul în aceste societăţi, ocazie cu care stabileşte şi obligaţiile reprezentantului de a apăra interesele acţionarului (statul), atribuţiile, drepturile şi răspunderile reprezentantului, precum şi condiţiile de retragere a mandatului (art. 11 lit. h din Regulament).

Să reamintim că, prin art. 21 din Legea nr. 15/1990, se instituie regula conform căreia statul era acţionar unic până la privatizarea parţială sau totală a societăţii comerciale respective. De aceea, adunarea generală a acţionarilor era exclusă (art. 212 din Legea nr. 31/1990, în forma iniţială, dispune că atribuţiile adunării generale sunt exercitate de consiliul împuterniciţilor statului, până la începerea procesului de privatizare; mandatarea acestor împuterniciţi se făcea după modelul de contract stabilit prin H.G. nr. 493/1992, iar membrii consiliului de administraţie erau numiţi şi înlocuiţi cu acordul ministerului de resort sau al organului administraţiei publice locale respectiv). În linii esenţiale, acest regim juridic este aplicabil şi societăţilor comerciale rezultate din transformarea regiilor autonome, conform O.U.G. nr. 30/1997.

După apariţia FPS şi FPP-urilor (reglementate în prima lege a privatizării, Legea nr. 58/1991) consiliul împuterniciţilor statului a fost înlocuit de Adunarea Generală a Acţionarilor, formată în condiţiile art. 39 - 40 din Legea nr. 58/1991 din reprezentanţi ai FPS şi FPP-ului la care societatea era arondată, în timp ce consiliul de administraţie era format, după

---

[1] O. CĂPĂŢÂNĂ, *"Coordonatele juridice ale privatizării"*, partea a III-a, în RDC nr. 5/1996, p. 10.

[2] *Ibidem.*

acest moment, din 3 - 9 membri numiţi de FPS şi FPP, în proporţie cu capitalul social (70% FPS - 30% FPP), deci nu aleşi de adunarea generală. De aici a apărut şi s-a menţinut ***confuzia între membrii consiliului de administraţie şi reprezentanţii FPS ori FPP în adunarea generală a acţionarilor***, confuzie reliefată şi în doctrină[1]. În timp ce reprezentanţii celor două instituţii în adunarea generală a acţionarilor sunt numiţi şi trebuie să răspundă în faţa acestora de modul în care şi-au îndeplinit mandatul (adică, de felul în care au supravegheat activitatea de gestiune exercitată de către administratori şi, în general, de modul în care au controlat funcţionarea societăţii), administratorii trebuie să răspundă atât faţă de societate, adică faţă de adunarea generală a acţionarilor (constituită din reprezentanţii FPS şi FPP), cât şi faţă de cei ce i-au numit în această calitate (tot cele două instituţii). De aici rezultă diluarea răspunderii, dar şi obedienţa faţă de directivele de la centru[2], ca un criteriu de promovare în funcţie independent de competenţă.

Din cele arătate rezultă delimitarea dintre cele două categorii de participanţi la structurile de conducere ale societăţilor comerciale cu capital majoritar de stat:

- reprezentanţii FPS în adunarea generală;
- membrii consiliului de administraţie.

Ambele categorii de persoane sunt desemnate (numite) de FPS, respectiv ministerul de resort ori organul administraţiei publice locale, la societăţile rezultate din transformarea regiilor

---

[1] V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, în Dreptul nr. 1/1996, p. 4.

[2] Multă vreme, aceste directive de la centru aveau ca emitenţi diverse instituţii implicate în reformă şi privatizare (FPS, Agenţia Naţională de Privatizare, Consiliul pentru Reformă fiind cele mai importante), creând o şi mai mare confuzie şi ineficienţă, fapt ce l-a determinat pe prof. O. CĂPĂŢÂNĂ să se întrebe ironic dacă finalitatea privatizării justifică existenţa până la data atingerii acestui ţel încă îndepărtat, a unui triplu Comitet de Stat al Planificării (CSP), cu denumiri inovate (Vz. *"Coordonatele juridice ale privatizării"*, partea a III-a, RDC nr. 5/1996, p. 10). Nici în prezent situaţia nu este prea schimbată, din moment ce există FPS, Ministerul Privatizării şi Ministerul Reformei, cu competenţe suprapuse.

Scanned with OKEN Scanner

autonome, dar acestea au competenţe şi responsabilităţi distincte care nu se pot suprapune fără a se încălca grav legea şi mai ales principiul ierarhiei competenţelor în societatea comercială: prima categorie exercită atribuţiile adunării generale, cea de-a doua exercită atribuţiile consiliului de administraţie (adică, gestiunea internă şi reprezentarea societăţii). De aceea şi responsabilitatea celor două categorii este distinctă: membrii consiliului de administraţie răspund atât faţă de adunarea generală (respectiv, reprezentanţii FPS în această adunare, care sunt majoritari, întrucât deţin controlul societăţii cu procentul de 70% din acţiuni pe care îl deţine FPS; acelaşi lucru se poate spune şi despre societăţile care au fost supuse procesului de privatizare în masă, conform Legii nr. 55/1995 pentru accelerarea privatizării, în care FPS mai deţine pachetul de control de 40% din acţiunile emise de societatea respectivă), cât şi faţă de cei ce i-au numit, adică FPS, în timp ce reprezentanţii FPS în adunarea generală răspund numai faţă de FPS, care i-a mandatat să supravegheze administrarea societăţii şi să decidă în problemele de importanţă majoră pentru societate (exemplu: modificări ale actelor constitutive, vânzarea de active etc.), aceasta dacă nu se poate dovedi că aceşti reprezentanţi s-au transformat, prin activitatea lor în cadrul societăţii, în administratorii de fapt ai societăţii.

Evident că, în cazul în care greşelile de gestiune ale administratorilor ar provoca direct prejudicii terţilor ori acţionarilor individuali, administratorii vor răspunde şi faţă de aceştia.[1]

Ca o concluzie, putem afirma că administratorii societăţilor cu capital majoritar de stat au aceleaşi obligaţii şi răspunderi ca şi administratorii obişnuiţi[2]; în plus, însă, ei au şi obligaţii şi răspunderi specifice, cum sunt cele aferente procesului de privatizare, ori cele rezultând din mandatul încredinţat de FPS.

---

[1] Vz. şi V. PĂTULEA, *lucr. cit.*, Dreptul nr. 1/1996, p. 5.

[2] Dat fiind faptul că legislaţia în materie nu derogă ori nu poate deroga (fiind vorba de norme imperative) de la Legea nr. 31/1990. Vz. şi V. BABIUC, *lucr. cit.*, în RDC nr. 5/1993, p. 24.

Scanned with OKEN Scanner

C.2. Membrii Consiliului de administraţie al FPS. Natura juridică a FPS

Noua legislaţie a privatizării (O.U.G. nr. 88/1997 şi Regulamentul de organizare şi funcţionare al FPS, aprobat prin H.G. nr. 55/1998) ar putea crea aparenţa că asimilează pe membrii Consiliului de administraţie al FPS cu administratorii societăţilor comerciale. Astfel, conform art. 9 alin. 4 din Regulament, membrii Consiliului de administraţie al FPS îşi exercită mandatul potrivit Legii nr. 31/1990, republicată; ei răspund pentru activitatea lor, personal şi solidar, potrivit legislaţiei comerciale. Asemănătoare cu regimul juridic al administratorilor societăţilor comerciale sunt şi unele reguli de abţinere de la vot a membrilor Consiliului de administraţie al FPS (art. 9 alin. 5-6 din Regulament) şi modul de lucru (convocare, ordine de zi, vot etc.) al Consiliului de administraţie al FPS. Membrii acestuia nu pot fi, în acelaşi timp, administratori sau cenzori la societăţile comerciale supuse privatizării (art. 9 alin. 2 din Regulament).

O asemenea concluzie ar fi eronată din cel puţin două puncte de vedere:

➡ FPS nu este o societate comercială, ci o instituţie publică ce face parte din sistemul organelor administraţiei publice;

➡ membrii Consiliului de administraţie al FPS nu sunt propriu-zis administratori, în sensul art. 70-72 din Legea nr. 31/1990, conform cărora administratorul este organul societăţii chemat să aducă la îndeplinire obiectul de activitate al societăţii şi care este responsabil de modul în care administrează societatea; membrii Consiliului de administraţie al FPS sunt ***funcţionari publici***.

a) În ce priveşte natura juridică a FPS, sub incidenţa primei legi a privatizării (Legea nr. 58/1991, actualmente abrogată) în doctrină s-a exprimat opinia[1] că FPS ar fi o societate comercială "atipică", un comerciant, pe motiv că structura de organizare a FPS, cu excepţia adunărilor generale ale asociaţilor,

[1] RADU ECONOMU, "*Natura juridică a FPS*", în RDC nr. 1/1993, p. 33-34; o opinie asemănătoare a fost lansată şi de Ministerul Privatizării, într-un interviu luat Ministrului Privatizării şi publicat în ziarul "Adevărul", numărul din 20.03.1998, p. 5, interviu în care se susţine că "FPS este un comerciant în subordinea Ministerului Privatizării".

Scanned with OKEN Scanner

este aceeaşi cu a societăţilor comerciale pe acţiuni şi că, de asemenea, FPS îşi desfăşoară activitatea pe bază de principii comerciale. O astfel de opinie a fost consacrată jurisprudenţial într-o decizie de speţă, în care s-a declinat competenţa de soluţionare a unei cereri de anulare a unei licitaţii de vânzare a acţiunilor deţinute de FPS la o societate aflată în procesul privatizării, cerere formulată conform Legii contenciosului administrativ (Legea nr. 29/1990) de la Curtea de Apel - Secţia contencios administrativ la Tribunal, Secţia comercială[1], pe motiv că "*FPS nu este o instituţie publică de stat, natura ei fiind aceea a unei societăţi comerciale pe acţiuni*", adică un comerciant şi că "raporturile juridice la care participă un comerciant sunt guvernate de regulile comerciale", implicit cele privind jurisdicţia şi competenţa instanţelor de judecată.

Fiind de acord cu cele spuse în doctrina anterioară anului 1996[2], conform cărora voinţa legiuitorului care a înţeles - probabil deliberat - să confere o anumită calificare juridică FPS-ului (aceea de "instituţie publică cu personalitate juridică" - n.n., G. P.), nu poate fi infirmată de existenţa unor trăsături de structură incongruente, considerăm că nici în prezent, sub noua legislaţie a privatizării, ***FPS nu poate fi considerat drept societate comercială.***

Legile care s-au succedat în domeniul privatizării au calificat în mod constant FPS ca fiind o *instituţie publică* ce beneficiază de personalitate juridică de drept public şi care are ca atribuţie principală gestionarea acţiunilor pe care statul le deţine la societăţile comerciale, precum şi vânzarea acestora în vederea privatizării. FPS exercită, în numele statului sau al administraţiei publice locale, drepturile acţionarului în societăţile comerciale la care statul este acţionar (art. 8 din O.U.G. nr. 88/1997, art. 8 din Regulamentul FPS). Mai mult decât atât, ***consecinţele calificării FPS ca fiind un comerciant ar fi***

---

[1] Vz. C.A.B., Secţia contencios administrativ, Sent. civ. nr. 165/5.02.1998, cu Nota critică de GH. PIPEREA, în RDC nr. 9/1998.

[2] O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Coordonatele juridice ale privatizării*", partea I, RDC, nr. 3/1996, p.21.

Scanned with OKEN Scanner

inacceptabile. Astfel, în calitate de comerciant, FPS ar trebui să fie:

➡ independent şi autonom de orice altă entitate publică sau privată; comerciantul îşi organizează activitatea şi îşi administrează patrimoniul după cum consideră necesar, fără ingerinţa altor instituţii, ghidat doar de profitabilitatea activităţii;

➡ pasibil de faliment în cazul în care "nu mai poate face faţă datoriilor sale comerciale" - art. 1 din Legea nr. 64/1995 privind reorganizarea judiciară şi falimentul;

Comerciantului îi incumbă o serie de obligaţii profesionale, caracteristice: obligaţia de înmatriculare în Registrul Comerţului, obligaţia de a ţine registre contabile şi celelalte registre prevăzute de lege; obligaţia de a exercita comerţul în limitele unei concurenţe loiale şi obligaţia de a plăti taxe şi impozite.

Pe de altă parte, din dispoziţiile art. 1490 - 1491 C.civ. rezultă că există societate când două sau mai multe persoane pun ceva în comun (o valoare patrimonială), pentru ca, exploatând patrimoniul astfel rezultat, să împartă beneficiile sau pierderile. Legislaţia societăţilor comerciale permite existenţa unor societăţi comerciale cu un unic asociat (societatea cu răspundere limitată cu asociat unic - art. 5 alin.2 din Legea nr. 31/1990 republicată; societăţile cu aport de capital integral de stat, având ca unic acţionar statul - cele constituite prin Legea nr. 15/1990, până la apariţia Legii nr. 58/1991; cele constituite prin transformarea regiilor autonome în societăţi comerciale prin O.U.G. nr. 30/1997), dar şi în acest caz, trebuie să existe voinţa asociatului unic de a desprinde şi separa din patrimoniul său o parte menită să fie afectată activităţii şi scopurilor societăţii astfel constituite, primind în schimb acţiuni sau părţi sociale şi transformându-se din proprietar al bunurilor afectate capitalului societăţii, într-un creditor al societăţii pentru dividende ori pentru o parte proporţională din activul societăţii rămas în urma lichidării acesteia. Or FPS nu are capital social, partajat/partajabil în acţiuni şi nu are acţionari. Acesta doar gestionează acţiunile statului şi nu se poate afirma, cum se statuează în speţa citată, că FPS este

Scanned with OKEN Scanner

societate pe acţiuni pentru că deţine acţiuni, fără a eşua în ridicol.

Mai departe, observăm că structura de organizare a societăţii pe acţiuni (cu adunare generală, consiliu de administraţie, cenzori) nu este specifică acesteia; cele mai multe organizaţii non-guvernamentale (ONG, persoane juridice de drept privat, non-profit organizate în baza Legii nr. 21/1924) sunt organizate ca şi societăţile pe acţiuni, fără ca acest lucru să le transforme în comercianţi.

Iar faptul că FPS este organizat şi îşi desfăşoară activitatea pe bază de principii comerciale nu îl transformă în comerciant, deoarece, conform art. 9 C.com., oricine (inclusiv statul sau instituţiile publice) poate săvârşi, în mod ocazional, fapte de comerţ, fără ca prin acest simplu fapt să devină comerciant, dar este supus legislaţiei comerciale pentru raporturile juridice izvorâte din acel fapt de comerţ. Calitatea de comerciant se dobândeşte conform art. 7 C.com., adică:

- persoanele fizice, prin exerciţiul repetat, cu titlu de profesiune şi pe risc economic propriu, de acte şi fapte de comerţ;
- persoanele juridice (societăţi comerciale, regii autonome, organizaţii cooperatiste), prin simplul fapt al constituirii lor în condiţiile legii, întrucât scopul unor astfel de persoane juridice este săvârşirea de acte şi fapte de comerţ; aşa cum rezultă din art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerţului, numai aceste trei tipuri de persoane juridice au obligaţia de a se înmatricula în Registrul Comerţului, de unde ar putea rezulta şi concluzia că numai acestea ar fi comercianţi – persoane juridice.

b) în ce priveşte calitatea de funcţionari publici a membrilor Consiliului de Administraţie al FPS, aceasta rezultă din dispoziţiile art. 6 alin. 1-3 din O.U.G. nr. 88/1997. Astfel, conform acestor texte, conducerea FPS este asigurată de un Consiliu de Administraţie, format din 11 membri, specialişti în domeniul comercial, financiar, juridic sau tehnic, unul dintre aceştia fiind secretar de stat la Ministerul Privatizării şi doi

Scanned with OKEN Scanner

dintre ei, lideri sindicali. Ei sunt numiţi de către primul-ministru la propunerea ministrului privatizării şi sunt revocaţi de autoritatea care i-a numit. Pe de altă parte, membrii Consiliului de administraţie nu răspund pentru operaţiunile FPS decât dacă faptele lor constituie infracţiuni sau delicte din culpă gravă (art. 10 alin. 3 din O.U.G. nr. 88/1999), ceea ce nu e specific unor administratori ordinari, obişnuiţi, care răspund pentru orice culpă. Aceleaşi concluzii se pot trage şi din dispoziţiile art. 12 şi art. 14 din Regulamentul FPS, privitoare la atribuţiile preşedintelui Consiliului de Administraţie al FPS şi, respectiv, ale directorului general executiv.

În sfârşit, nu trebuie omis că administratorii societăţilor comerciale îşi exercită atribuţiile în baza dispoziţiilor legale referitoare la mandat, completate cu dispoziţiile legale referitoare la obligaţiile specifice ale acestora şi la răspundere, în timp ce membrii Consiliului de Administraţie al FPS îşi ***exercită mandatul*** conform Legii nr. 31/1990 (art. 9 alin. 4 din Regulamentul FPS) şi răspund faţă de autoritatea care i-a numit.

În concluzie, putem afirma că membrii Consiliului de Administraţie al FPS nu pot fi asimilaţi cu administratorii de societăţi comerciale; atribuţiile şi răspunderile lor sunt stabilite, însă, prin ***analogie*** cu atribuţiile şi răspunderile administratorilor societăţilor comerciale, din dorinţa justificată de a asigura o mai mare eficienţă a procesului de privatizare şi o asumare mai serioasă a responsabilităţilor implicate de acest proces.

C.3. Administratorii judiciari şi lichidatorii judiciari

În cazul în care o societate comercială este declarată în reorganizare judiciară ori în faliment, situaţia juridică a conducerii ordinare a societăţii aflate în această stare se modifică, mergând de la măsura supravegherii speciale a judecătorului sindic asupra modului în care societatea debitoare îşi administrează fondurile, când i s-a permis să-şi continue activitatea (art. 67 din Legea nr. 64/1995), până la măsura drastică de sancţionare a administratorilor ordinari ai societăţii debitoare

Scanned with OKEN Scanner

cu ridicarea dreptului de administrare a averii (patrimoniului) societăţii debitoare, în caz de faliment (art. 73 din Legea nr. 64/1995, astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr. 58/1997). În aceste cazuri tribunalul va trebui să desemneze un ***administrator judiciar***, la propunerea comitetului creditorilor (art. 17 din Legea nr. 64/1995) şi respectiv, un ***lichidator judiciar***[1], la propunerea judecătorului sindic (art. 18[1]), aceştia preluând, într-o măsură mai mică sau mai mare, atribuţiile administratorilor ordinari ai societăţii debitoare.

1. În cazul reorganizării judiciare sau al lichidării pe bază de plan (care nu se confundă cu falimentul, deoarece înseamnă o vânzare organizată conform planului admis de tribunal, a totalităţii sau doar a unei părţi din activele societăţii debitoare), comitetul creditorilor, întrunit în prezenţa creditorilor care deţin cel puţin 75% din valoarea creanţelor şi cu majoritate de cel puţin 50% din valoarea creanţelor poate decide angajarea unui administrator judiciar care va fi numit de tribunal.

Spre deosebire de dreptul francez, funcţia de administrator judiciar nu este o profesie; dar această funcţie poate fi exercitată şi de societăţi comerciale specializate. Administratorul judiciar - persoană fizică, precum şi delegatul permanent al societăţii comerciale desemnată drept administrator judiciar trebuie să fie contabil autorizat, expert contabil sau licenţiat în studii economice ori juridice şi să aibă cel puţin 5 ani de activitate practică, economică ori juridică.

---

[1] În lucrarea "*Instituţia juridică a falimentului, evoluţie şi actualitate*", RDC nr. 3/1996, p. 52, MIRCEA M. COSTIN şi ANGELA MIFF arată, citându-i pe G. RIPERT, R. ROBLOT ("*Traité de droit commercial*", L.G.D., Paris, 1990, p.768) că, în noua legislaţie franceză a falimentului (Legea din ianuarie 1985) s-au creat două profesii distincte: administratorii judiciari (administrează bunurile debitorului sau asistă ori supraveghează gestionarea acestor bunuri) şi mandatarii-lichidatori (care reprezintă pe creditori şi procedează, eventual, la lichidarea judiciară a bunurilor debitorului). Sunt incompatibile între ele şi incompatibile cu orice altă profesie (ceea ce este diferit faţă de legea română). Presa franceză ("Le Monde", numărul din 19.01.1996) se plânge deja de corupţia celor care practică această profesie şi de ineficienţa muncii lor.

Scanned with OKEN Scanner

Din dispoziţiile art. 17 alin. 2 din Legea nr. 64/1995 (în forma dată prin O.U.G. nr. 58/1997) rezultă că, dacă debitorul este o bancă, desemnarea administratorului judiciar se face cu avizul obligatoriu al BNR şi al Ministerului Finanţelor. Acest text a devenit ***inaplicabil***, rămânând fără obiect în cazul băncilor declarate în faliment după apariţia Legii falimentului băncilor (Legea nr. 83/1998), întrucât această lege ***nu mai permite*** reorganizarea judiciară a băncilor. Această procedură (reorganizarea judiciară) a fost înlocuită cu ***procedura administrării speciale a băncilor*** (art. 79-82 din Legea bancară nr. 58/1998), care este o procedură ***pre-falimentară***[1].

Planul de reorganizare judiciară poate prevedea fie continuarea activităţii societăţii şi a conducerii acesteia sub supravegherea judecătorului sindic de către administratorii obişnuiţi ai societăţii (art. 67), caz în care atribuţia de supraveghere poate fi delegată de către judecătorul sindic administratorului judiciar, acesta din urmă având şi atribuţia de a asista societatea debitoare la toate actele privind gestionarea patrimoniului sau numai la o parte din acestea, fie ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului administratorilor ordinari de a conduce activitatea societăţii debitoare. Astfel, art. 59 alin. 1 dispune că, în cazul în care redresarea societăţii debitoare depinde de înlocuirea unuia sau mai multor conducători ai societăţii debitoare, tribunalul dispune această înlocuire[2], din oficiu sau la propunerea judecătorului-sindic ori a procurorului; tribunalul poate, de asemenea, ***să suspende*** dreptul conducătorilor societăţii debitoare de a decide în activitatea de gestionare a patrimoniului societăţii debitoare (art. 69 alin. 2). În aceste cazuri, administratorul judiciar este cel care gestionează şi conduce activitatea societăţii debitoare, sub tutela judecătorului-sindic; societatea debitoare este obligată să pună la dispoziţia

---

[1] Pentru amănunte, vz. *supra* p. 38-40.

[2] Aceasta este o formă de răspundere a persoanei în cauză, vinovată de aducerea societăţii în stare de încetare de plăţi; menţinerea unei astfel de persoane la conducerea societăţii debitoare ar putea conduce la compromiterea definitivă a şanselor de redresare a acesteia.

Scanned with OKEN Scanner

acestora toate informaţiile cu privire la activitatea şi averea sa, precum şi lista plăţilor şi a transferurilor patrimoniale făcute în cele 90 de zile anterioare începerii procedurii colective (art. 33).

Rezumând cele arătate, observăm că atribuţiile administratorului judiciar sunt următoarele:

- supravegherea operaţiunilor de gestionare a patrimoniului societăţii debitoare, atunci când administratorilor ordinari nu li s-a ridicat sau suspendat dreptul de a conduce activitatea societăţii debitoare;
- asistarea societăţii debitoare la toate actele privind gestionarea[1] sau numai la o parte din acestea;
- conducerea în tot sau în parte, a activităţii debitorului, ceea ce înseamnă că este posibil ca o societate aflată în reorganizare judiciară să fie condusă în acelaşi timp de administratori ordinari şi administratori judiciari.

Tribunalul poate modifica atribuţiile administratorului judiciar, iar judecătorul-sindic îi poate delega şi alte atribuţii de gestiune (art. 18 alin. 2-3).

2. Lichidatorul judiciar este desemnat de tribunal, la propunerea judecătorului-sindic (art. 18[1] din Legea nr. 64/1995, text introdus prin O.U.G. nr. 58/1997).

Numirea sa nu e obligatorie, dar ea este *necesară* din moment ce falimentul societăţii debitoare provoacă ridicarea, de plin drept, a dreptului administratorilor ordinari ai societăţii debitoare de a conduce activitatea acesteia, iar conform art. 98 (în forma dată de O.U.G. nr. 58/1997), lichidarea bunurilor din patrimoniul societăţii debitoare va fi efectuată de lichidator, sub conducerea judecătorului-sindic şi sub controlul tribunalului.

---

[1] Fiind vorba de "acte privind gestionarea" şi nu de acte juridice care să angajeze societatea în raporturile cu terţii, înseamnă că, atunci când societăţii debitoare i s-a permis să-şi continue activitatea sub conducerea administratorilor ordinari, aceştia din urmă angajează valabil societatea prin simpla lor semnătură, fără asistarea administratorului judiciar. Evident, este vorba de acte juridice care nu sunt interzise în perioada reorganizării (spre exemplu, constituirea de garanţii este nulă după începerea procedurii, dacă nu e autorizată de tribunal, conform art. 34).

Scanned with OKEN Scanner

Lichidatorul poate fi persoană fizică sau societate comercială specializată; condiţiile de numire sunt aceleaşi ca la administratorul judiciar. Lichidatorul unei bănci în faliment poate fi numit numai cu avizul BNR; acesta trebuie să fie obligatoriu o persoană juridică specializată (art. 10 din Legea nr. 83/1998 privind falimentul băncilor).

Principala atribuţie a lichidatorului este aceea de lichidare a averii societăţii debitoare. În ce priveşte falimentul băncilor, art. 11 din Legea nr. 83/1998 privind falimentul băncilor, îl învesteşte pe lichidator cu puteri de gestiune şi control asupra băncii debitoare, putând lua diverse măsuri necesare pentru lichidarea activelor băncii debitoare pentru valorificarea optimă a acestora, chiar în cazul în care băncii i-a fost retrasă autorizaţia de funcţionare de către BNR. Aceste măsuri pot consta, în principal, în:

- continuarea sau întreruperea în mod justificat, a oricăror operaţiuni;
- împrumuturi de bani, garantate cu activele băncii[1] sau fără garanţii;
- stabilirea din nou a ratelor dobânzilor aferente pasivelor băncii debitoare, cu condiţia ca orice nou nivel al ratei dobânzilor să nu fie mai mic decât cel mai scăzut nivel practicat pe piaţa bancară;
- să angajeze personalul necesar lichidării;
- să încheie orice document[2] în numele băncii debitoare, să iniţieze sau să apere şi să coordoneze, în numele acesteia, orice acţiune sau procedură legală.

Lichidatorul băncii e obligat să întocmească un raport lunar asupra evoluţiei procedurii falimentului, să-l supună aprobării judecătorului-sindic şi să-l transmită BNR; în acest raport lichidatorul trebuie să includă informaţii referitoare la valoarea

---

[1] Deşi Legea nr. 83/1998 nu precizează, garanţiile nu pot fi constituite decât cu autorizarea tribunalului sau în cazuri special reglementate de lege, în caz contrar fiind nule (art. 34 din Legea nr. 64/1995).

[2] De ce nu "orice act juridic"? Actele juridice sau de altă natură devin documente după ce au fost încheiate!

Scanned with OKEN Scanner

totală a creanţelor asupra băncii precum şi a activelor băncii care au fost vândute (art. 11 alin. final din Legea nr. 83/1998).

2.1.2. Modalităţile de desemnare a administratorilor sunt diferite, în funcţie de forma juridică a societăţii, dar, în toate situaţiile, desemnarea administratorilor se poate face fie la constituirea societăţii, prin clauză expresă în actul constitutiv, fie ulterior, printr-o decizie a adunării generale a asociaţilor. Diferenţe există şi între modul de desemnare a unui administrator - persoană juridică şi desemnarea administratorului persoană fizică, iar managerul unei societăţi comerciale cu capital majoritar de stat (sau al unei regii autonome) este desemnat în condiţii specifice, în baza contractului de management.

a) Din art. 7 lit.e (în forma dată de O.G. nr. 32/1997) rezultă că în actul constitutiv al societăţilor în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată trebuie să fie determinaţi asociaţii sau persoanele neasociate care vor administra şi reprezenta societatea[1], precum şi limitele puterilor acestora şi dacă ei urmează să lucreze împreună sau separat. Nu se poate trage, însă, concluzia că este o menţiune obligatorie, întrucât din art. 77 şi art. 192 alin. final rezultă că administratorii vor putea fi desemnaţi ulterior, prin decizia asociaţilor care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social (remarcăm faptul că, în această privinţă, art. 192 alin.final derogă de la principiul stabilit în art. 187 alin.1, conform căruia în societatea cu răspundere limitată hotărârile se iau cu dubla majoritate a asociaţilor şi a părţilor sociale). Rezultă că administratorii pot fi desemnaţi prin actul constitutiv sau printr-o decizie ulterioară a adunării asociaţilor.

[1] În societăţile de persoane şi societatea cu răspundere limitată, dreptul de a reprezenta societatea aparţine fiecărui administrator, afară de stipulaţie contrară în actul constitutiv (art. 75 şi art. 192 alin.final).

Scanned with OKEN Scanner

În societăţile de persoane şi chiar în societatea cu răspundere limitată până la desemnarea administratorului această funcţie poate fi exercitată de orice asociat.[1]

Totuşi, desemnarea administratorului (asociat sau nu) prin actul constitutiv prezintă importanţă când se pune problema revocării administratorilor sau limitării puterilor lor, deoarece aceste decizii pot fi luate numai cu votul tuturor asociaţilor (art. 77 alin.final), în acest tip de societăţi.

Şi în ce priveşte societatea pe acţiuni şi societatea în comandită pe acţiuni desemnarea administratorilor prin actul constitutiv este facultativă: din art 134 alin.5 rezultă că primii administratori ***pot*** fi numiţi prin contractul de societate, dar şi printr-o decizie ulterioară a adunării generale a acţionarilor. Însă, în cazul acestor societăţi nu este indicat, credem, să persiste situaţia incertă în care societatea, neavând administratori desemnaţi, să fie, în fapt, administrată de unii membri fondatori, dat fiind faptul că activitatea societăţii nu ar putea demara cu succes în aceste condiţii (această incertitudine poate duce la lipsa de credibilitate pe piaţă a societăţii).

Dar şi la aceste societăţi, desemnarea administratorilor prin actul constitutiv, stabilirea garanţiei pe care trebuie să o depună administratorii, delimitarea atribuţiilor acestora, drepturile speciale de reprezentare şi administrare ale unora dintre ei prezintă importanţă în ipoteza modificării acestor clauze din actul constitutiv de către adunarea generală, fiind vorba de decizii de atributul exclusiv al adunării generale extraordinare (inclusiv revocarea înainte de termen a unui administrator desemnat prin act constitutiv).

b) Desemnarea unei persoane juridice în funcţia de administrator este posibilă numai prin semnarea unui contract de administrare între asociaţii desemnaţi de adunarea generală

---

[1] În doctrină s-a susţinut chiar că, dacă în contractul de societate în nume colectiv nu s-a prevăzut nimic cu privire la administrarea societăţii, dreptul de a administra societatea aparţine oricărui asociat, dat fiind caracterul nelimitat şi solidar al răspunderii asociaţilor. C. BÎRSAN, V. DOBRINOIU ş.a., *op. cit.*, vol. I, p.198.

Scanned with OKEN Scanner

să semneze contractul de administrare şi administratorul persoană juridică. Credem că, indiferent dacă acest mod de administrare este decis chiar prin actul constitutiv de către asociaţii fondatori, ori printr-o decizie ulterioară a adunării generale, contractul de administrare trebuie făcut în forma scrisă *ad validitatem*, neputând fi considerat existent prin simpla acceptare a însărcinării de către persoana juridică vizată, adică implicit (concluzia rezultă din art. 136, care indică şi unele clauze obligatorii în contract, cum ar fi cea referitoare la reprezentantul permanent). În ce priveşte societăţile de administrare a investiţiilor, aşa cum s-a arătat, forma scrisă este cerută explicit de dispoziţiile legale aplicabile, sub sancţiunea nulităţii şi a refuzului de autorizare a fondului de investiţii de către CNVM.

c) Desemnarea managerului (persoană fizică sau juridică) în societăţile comerciale cu capital majoritar de stat (statul deţine peste 50% din acţiuni sau părţile sociale) sau în regiile autonome[1] se face în baza contractului de management, încheiat cu persoanele selectate în urma unui concurs. La selecţie se ţine seama de profesionalismul candidaţilor, iar în contractul de management se includ clauze (obiective) obligatorii de performanţă, pe baza unor indicatori de referinţă şi criterii de performanţă (cifra de afaceri, profitul, volumul investiţiilor).

[1] Din art. 3 lit. b, teza finală din Legea nr. 66 din 1993 a contractului de management rezultă că managerul unei regii autonome nu poate fi o persoană (fizică sau juridică) străină.

Scanned with OKEN Scanner

2.2. Natura raporturilor juridice ale administratorilor cu societatea comercială pe care o administrează

Stabilirea naturii juridice a raporturilor administratorului cu societatea are importante consecinţe relative în special la răspunderea juridică a acestuia (întinderea şi natura juridică a răspunderii), dar şi referitor la atribuţiile lui (drepturi şi obligaţii).

Administratorii sunt desemnaţi în baza unei decizii a adunării generale a asociaţilor, luată fie la constituirea societăţii, fie ulterior, în cursul funcţionării acesteia, prin care asociaţii se înţeleg între ei (decid) să confere unuia sau mai multor asociaţi sau persoane neasociate mandatul de administrator. Ne aflăm, deci, în faţa unei duble convenţii între asociaţi pe de o parte şi între asociaţi şi administratori, pe de altă parte. Chiar dacă această calificare este criticabilă[1], suntem de părere că, în principiu, decizia adunării generale a asociaţilor este un act juridic de tip contractual, din categoria aşa numitelor ***contracte de majoritate***, denumite, uneori, şi ***acte juridice complexe.***

D.D. Gerota, în lucrarea "*Teoria generală a obligaţiilor comerciale în raport cu tehnica obligaţiunilor civile*", (Imprimeria Naţională, Bucureşti, 1932), arată (p. 98 - 99) că există unele acte juridice la care, deşi unele părţi participante s-au opus, totuşi efectele acestor acte le vor fi opozabile şi dă exemplul hotărârilor adunărilor generale în societăţile anonime "unde voinţa majoritară va face legea minorităţii". Deciziile AGA, luate în limitele actelor constitutive şi ale legii sunt obligatorii pentru toţi asociaţii, chiar şi pentru cei absenţi sau cei care se opun (art. 165 C.com., actualmente abrogat, art. 131 alin. 1 din

[1] Asociaţii nu intervin în adunarea generală ca părţi într-un contract, ci ca membri ai unei colectivităţi; ei propriu-zis nu contractează între ei, ci formează voinţa socială, care nu se reduce la suma voinţelor asociaţilor. Vz. şi *Codul comercial adnotat*, Ministerul Justiţiei, 1946, reeditat de Ed. Tribuna Craiova în 1994, p. 217, nota 2.

Scanned with OKEN Scanner

Legea nr. 31/1990). Obligativitatea hotărârilor adunării generale a acţionarilor faţă de cei care au lipsit sau s-au opus la luarea deciziei este, în opinia acestui autor, o gravă derogare de la principiul libertăţii convenţiilor, fapt pentru care conchide că acest act nu are o natură contractuală, ci una ***deliberativă*** (*"Curs de societăţi comerciale"*, D.D. Gerota, Bucureşti, 1928, p. 140-141), de unde trage următoarele consecinţe:

a) hotărârile adunării generale nu pot fi luate adunându-se în parte de la fiecare asociat consimţământul său, ci ca urmare a discuţiilor (deliberărilor) asociaţilor într-o adunare generală şi sub anumite forme;

b) viciul de consimţământ al unuia dintre asociaţi nu alterează valabilitatea hotărârii adunării generale; numai dacă voinţa majorităţii a fost alterată, hotărârea va fi şi ea alterată;

c) adunarea generală va putea reveni într-o şedinţă ulterioară asupra hotărârii luate, fără să fie nevoie ca această revenire să se facă în prezenţa aceloraşi membri care au dat-o, spre deosebire de contractul propriu-zis (art. 969 alin. 2).

Remarcăm, totuşi, că principiul autonomiei de voinţă din civil are o conotaţie specifică în comercial; datorită specificului relaţiilor comerciale, atingerile aduse acestui principiu sunt mai des întâlnite în comercial (vezi, mai ales, situaţia contractelor tip sau de adeziune). Iar autorul citat admite totuşi, urmându-l pe Marcel Planiol, că "nu trebuie luat cuvântul mandat în sensul strict al cuvântului (ca o convenţie specială intervenită între părţi), ideea de mandat putând să rezulte şi din voinţa legiuitorului"; (prima lucrare citată, p. 140).

Pe de altă parte, societatea comercială nu este un simplu contract, ea este o persoană juridică, o instituţie a cărei reglementare excede regulilor contractului. Cei ce formează o persoană juridică, o instituţie, sunt datori să respecte toate regulile aferente, de la care nu pot deroga. Dacă asociaţii ar adopta nu forma societăţii comerciale cu personalitate juridică (reglementată de Legea nr. 31/1990) ci forma unei societăţi comerciale fără personalitate juridică (asociaţia în participaţie, art. 251 - 256 C.com.), evident că redevin aplicabile in integrum regulile consensuale (art. 969 alin. 1 şi 2 C.civ.)

Scanned with OKEN Scanner

În opinia lui I.L. Georgescu ("*Drept comercial român - Teoria generală a obligaţiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*", Ed. Lumina Lex, 1994, ediţie revăzută şi adăugită împreună cu I. Băcanu, vol. III din "*Tratatul de drept comercial*" din 1946-1948, p. 17), deciziile adunării generale ale asociaţilor sunt ***acte juridice complexe*** care se disting de contractele obişnuite prin absenţa contrarietăţii de interese (părţile au interese concordante). Dar acelaşi autor remarca faptul că aceste acte juridice complexe nu încetează să fie şi să rămână contracte sinalagmatice în formarea voinţei sociale (părţile îşi asumă obligaţiile reciproce de a colabora în vederea traducerii în viaţă a voinţei sociale; este aplicabilă rezoluţiunea, cu efectele sale specifice printre care şi *exceptio non adimpleti contractus*); scopul social nu este, de fapt, decât un mijloc pentru atingerea unor interese proprii ale asociaţilor (chiar decizia de constituire a societăţii are acest scop imediat, pe care asociatul îl atinge "luptând" cu ceilalţi asociaţi, iar în adunările generale se realizează cu greu unitatea de interese, pentru că fiecare asociat are tendinţa de a supralicita propria importanţă sau de a-şi minimaliza greşelile); există deseori interese rivale ale unor grupări de asociaţi, care nu se identifică cu interesul social. Cu toate acestea actul juridic complex pe care îl reprezintă decizia adunării generale a asociaţilor are drept caracteristică principiul majorităţilor, iar ca fundament ideea de necesitate şi paralelismul de interese (de cele mai multe ori chiar convergenţa acestor interese în ideea obţinerii de profit). Fără aplicarea principiului majorităţii, funcţionalitatea societăţii nu ar fi posibilă.

Adunarea generală a asociaţilor este organul societăţii care formează voinţa socială; înseamnă că actul juridic de tip contractual pe care îl reprezintă decizia adunării generale de a desemna (dintre asociaţi sau dintre terţi, neasociaţi) administratorul şi care încorporează voinţa socială, unit cu acceptarea de către administrator a funcţiei (împuternicirii) încredinţate, este de încadrat în tiparul mandatului comercial[1], acordul de

[1] Vz. în acelaşi sens, ST.D.CĂRPENARU, *Administrarea societăţilor comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990*, în RDC nr. 2/1993, p. 33;

Scanned with OKEN Scanner

voinţă, consimţământul părţilor deci, realizându-se între societate şi administrator; consimţământul administratorului se manifestă, uneori, tacit, prin simpla acceptare a mandatului (ceea ce concretizează regula generală aplicabilă mandatului comercial consfinţită de art. 376 C.com., conform căruia mandatarul se consideră că a acceptat mandatul dacă nu şi-a manifestat expres refuzul).

Raporturile juridice dintre societate şi administrator sunt, deci, în primul rând raporturi de mandat comercial, iar nu de reprezentare legală[1], raportul de reprezentare fiind, în realitate, un raport accesoriu raportului de mandat[2].

Dar conţinutul mandatului dat administratorului nu este exclusiv contractual, reglementarea acestui conţinut fiind completată de dispoziţiile legale referitoare la obligaţiile imperativ stabilite în sarcina administratorului, precum şi la limitele mandatului acestuia. Astfel, conform art. 72 din Legea nr. 31/1990, obligaţiile şi răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispoziţiile referitoare la mandat şi de cele prevăzute special în lege; art. 36 din Decretul nr. 31/1954 dispune că raporturile dintre persoana juridică şi cei care alcătuiesc "organele sale", sunt supuse, prin asemănare, regulilor mandatului, dacă nu s-a prevăzut altfel în lege, actul de înfiinţare ori statut.

O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Caracteristicile generale ale societăţilor comerciale*", în Dreptul nr. 9-12/1990, p. 14; *Codul comercial adnotat*, p. 170, nota 2. Fostul art. 122 alin.1 C.com. dispunea că societatea anonimă este administrată de unul sau mai mulţi mandatari temporari, revocabili, asociaţi sau nu.

[1] Vz. pentru această idee, FL. BAIAS, S. DAVID, *loc. cit.*, p.21 şi urm. Prof. ST.D.CĂRPENARU în lucrarea citată (p.32-33), critică teoria organicistă, conform căreia administratorul societăţii este un organ prin care societatea îşi realizează activitatea (citându-i pe M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, "*Cours de droit commercial*", vol. II, Edition Montchrestien, Paris, 1983, p. 203), arătând că, în sens strict, administratorul nu poate fi organ al societăţii, pentru că el nu participă la formarea voinţei sociale (evident, dacă este şi asociat, el participă la formarea voinţei sociale în calitate de asociat şi nu de administrator), ci la executarea acesteia.

[2] Vz. în acest sens, C. BÎRSAN, V. DOBRINOIU ş.a., *op.cit.* vol. I, p. 130.

Scanned with OKEN Scanner

În dreptul francez, printr-o lege din 3.01.1994, s-a instituit o nouă formă de societate pe acţiuni (care se adaugă societăţii anonime şi societăţii în comandită pe acţiuni), fiind denumită societate pe acţiuni simplificată (S.A.S.). Spre deosebire de societatea anonimă (echivalentul societăţii pe acţiuni din dreptul nostru), S.A.S. are un statut mai suplu, mai adaptabil la necesităţile pieţei şi ia în considerare persoana asociaţilor; este o societate de societăţi, persoanele fizice neputând avea calitatea de asociaţi într-o S.A.S. Este o societate închisă neputând să se constituie sau să-şi majoreze capitalul social prin subscripţie publică şi nici să emită alte valori mobiliare (obligaţiuni, titluri de participare, obligaţiuni convertibile în acţiuni, etc.) Societatea pe acţiuni simplificată este o societate contractualizată, în cadrul căreia se permite într-o mai mare măsură asociaţilor să determine prin contract regimul juridic al societăţii, ceea ce reprezintă o atenuare a caracterului instituţional al societăţilor comerciale.

Cu toate că normele legale referitoare la societatea pe acţiuni rămân dreptul comun aplicabil societăţii pe acţiuni simplificate, în special cele referitoare la limitarea răspunderii asociaţilor, legea franceză (art. 262-1 şi urm. din Legea societăţilor comerciale din 24.07.1966, texte introduse prin Legea din 3.01.1994) pentru a asigura supleţea şi ***caracterul contractualizat*** al S.A.S., dispune că regulile de la societatea anonimă referitoare la administrarea societăţii şi la adunările generale sunt inaplicabile. Or, la societăţile anonime (şi corespunzător, la societăţile pe acţiuni în dreptul nostru), tocmai în acest domeniu principiile organizării ierarhice a societăţii produc consecinţe constrângătoare deosebite, majoritatea regulilor de organizare, funcţionare şi conducere ale societăţii fiind instituite prin norme legale imperative, de la care părţile (asociaţii) nu pot deroga.

Conform doctrinei franceze[1] şi, de altfel, şi conform majorităţii doctrinei româneşti[2], societatea comercială este, mai

---

[1] Y. GUYON, "*Droit des affaires*", tome I, 8e édition, Economier, Paris, 1994, p. 91.

[2] Vz., pt. exemplificare, O. CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit.*, 1996, p.60.

degrabă, o instituţie decât un contract. În contract, părţile determină, în principiu, liber obligaţiile care le unesc, sub rezerva respectării ordinii publice. Dimpotrivă, în cazul instituţiei - cum este, de exemplu, căsătoria - părţile adoptă sau resping un ansamblu de reguli, fără puterea de a le modifica sau de a deroga de la ele. Dacă, fără îndoială, consimţământul individual stă necesarmente la baza oricărei societăţi, voinţa individuală se diluează în masa voinţei majoritare colective din momentul în care asociaţii au ales una dintre formele de societăţi reglementate de lege, acestea fiind tipare legale din care nu se poate ieşi decât atunci când legea permite şi, în principiu, în chestiuni de detaliu.

Cu toate acestea, tendinţa, în dreptul francez actual este în favoarea contractualizării societăţilor comerciale[1]. Noul tip de societăţi, S.A.S., lasă mai multă libertate voinţei asociaţilor în ce priveşte organele de gestiune şi adunările asociaţilor. Astfel, pentru a reliefa şi mai bine caracterul *intuitu personae* al S.A.S. legea franceză din 3.01.1994 nu foloseşte termenul de "acţionar", ci pe cel de "asociat" (specific societăţilor de persoane); acest caracter personal al societăţii poate fi mai puternic sau mai slab, în funcţie de cum se înţeleg părţile în contract. Clauzele de agrement (conform cărora acţiunile nu se pot vinde terţilor fără acordul celorlalţi asociaţi) sunt mai puternice, fiind permise mult mai lejer clauzele de inalienabilitate a acţiunilor (legea franceză declară nule convenţiile care sunt făcute cu încălcarea clauzelor de inalienabilitate); sunt posibile chiar clauze de excludere a unor asociaţi (ceea ce e greu de admis într-o societate de capitaluri, fiind specific societăţilor de persoane), aceasta putând interveni ca urmare a unei greşeli grave sau ca urmare a unei atingeri aduse caracterului *intuitu personae* al societăţii.

---

[1] Tendinţa de armonizare comunitară este, aşa cum arată Y. GUYON, *op.cit.*, 1994, p. 92, tocmai inversă, societatea comercială devenind din ce în ce mai complexă şi din ce în ce mai reglementară.

Scanned with OKEN Scanner

Dar domeniul în care libertatea contractuală a asociaţilor S.A.S. se manifestă cel mai pregnant îl reprezintă conducerea executivă şi deliberativă a societăţii.

Astfel, asociaţii în S.A.S. pot deroga de la regula opţiunii obligatorii între sistemul consiliului de administraţie şi sistemul directoratului şi al consiliului de supraveghere, putând să-şi instituie numai directori executivi; pot deroga de la regula revocabilităţii *ad nutum* a administratorilor, prevăzând revocarea pentru juste motive; pot chiar să adopte sistemul de administrare şi conducere al societăţii cu răspundere limitată sau al societăţii civile. S.A.S. permite, de asemenea, oficializarea diverselor comisii şi comitete ale acţionarilor sau salariaţilor, care joacă deseori un rol important în culisele puterii în societăţile anonime[1] (pot fi admise convenţiile cu privire la exercitarea votului, convenţii interzise în societăţile obişnuite; astfel de convenţii, dacă sunt incluse în statutul S.A.S., sunt opozabile terţilor; când sunt extrastatutare, sunt valabile între părţi, dar inopozabile terţilor). Administratorii pot fi asociaţi ori terţi de societate, persoane fizice sau juridice, numiţi prin actul constitutiv ori prin act separat, cu sau fără limitare a duratei mandatului.[2]

Fără îndoială că, dacă statutul S.A.S. nu prevede reguli speciale derogatorii privind pe administratori sau privitoare la adunările generale, acesta se completează cu dispoziţiile legale de la societatea anonimă. Iar orice S.A.S. e obligată să aibă un reprezentant legal (de obicei, în persoana preşedintelui) care să angajeze societatea în raporturile cu terţii, chiar şi pentru actele juridice care depăşesc limitele obiectului social.

---

[1] Y. GUYON, *op.cit.*, 9e édition, 1996, p.495.

[2] Toate aceste consideraţiuni l-au determinat pe prof. Y. GUYON să afirme: "les sociétes par actions simplifiées ont une nature mixte: elles combinent une limitation des obligations des associés au montant de leurs apports, comme dans les sociétés de capitaux, avec une forte prise en compte de la personnalité de ceux-ci et une grande liberté statutare, comme dans les sociétés de personnes. ***ce sont donc des sociétés anonymes personnalisées***" - *op.cit.*, ed. din 1994, p. 217.

Scanned with OKEN Scanner

În concluzie, putem afirma ca raporturile juridice dintre administrator şi societate au o dublă natură – contractuală şi legală. Administratorul nu e un simplu mandatar (ale cărui obligaţii ar fi exclusiv contractuale), ci este purtătorul voinţei sociale, cel ce exprimă şi execută voinţa socială, calificare care are importante consecinţe relative la natura juridică şi întinderea răspunderii juridice a acestuia.

2.3. Obligaţiile administratorului. Atribuţiile (puterile) administratorului. Limitele acestor atribuţii

2.3.1. În delimitarea obligaţiilor administratorului (faţă de societate, faţă de asociaţi, faţă de ceilalţi administratori, când sunt mai mulţi, uneori faţă de terţi) vom ţine cont că raportul de mandat în care se află administratorul faţă de societate se întrepătrunde cu, ori se grefează pe alte raporturi juridice, dând naştere unor obligaţii complexe în sarcina administratorului:

a) când administratorul este şi asociat, raportul de mandat se grefează pe raportul de asociere;

b) când administratorul este şi salariat (şi când, evident, este permis cumulul acestor două calităţi), raportul de mandat este grefat pe un raport juridic de muncă; este posibilă şi suspendarea contractului de muncă al salariatului-administrator pe perioada exercitării mandatului de administrator;

c) când administratorul nu are şi calitatea de asociat, nefiind nici salariat al societăţii, raportul de mandat este singurul raport juridic (care, evident se completează cu dispoziţiile legale) existent faţă de societate. Mandatul este conferit, în această situaţie, prin actul constitutiv (primii administratori), prin decizia adunării generale, ulterioară constituirii societăţii, ori prin contractul de administrare (pentru persoana juridică administrator), sau prin contractul de management (pentru managerul persoană fizică sau juridică, în sistemul Legii nr. 66/1993).

Scanned with OKEN Scanner

În toate cele 3 situaţii (a-c) raportul de mandat se completează cu obligaţiile stabilite de lege în sarcina administratorului, prin dispoziţii imperative; părţile contractante pot stabili obligaţii specifice în sarcina administratorului; în unele situaţii specifice cum sunt cele din domeniul valorilor mobiliare, administratorilor respectivi le incumbă şi unele obligaţii legale specifice.

2.3.2. Principalele obligaţii ale administratorului, rezultând în principal, din dispoziţiile Legii nr. 31/1990, dar şi din alte legi, sunt următoarele:

a) ***Obligaţiile preliminare constituirii societăţii ori începerii activităţii sale:***

- obligaţia de a cere înmatricularea în Registrul Comerţului a societăţii (art. 35, din Legea nr. 31/1990), în termen de 15 zile de la data autentificării actului constitutiv;

- obligaţia de a prelua de la fondatori documentele şi corespondenţa referitoare la constituirea societăţii (art. 29, Legea nr. 31/1990)[1]

b) ***Obligaţiile de gestiune a activităţii curente a societăţii:***

- obligaţia de a lua parte la toate adunările generale ale asociaţilor, la consiliile de administraţie şi la organele de conducere similare ale acestora, cum sunt comitetele de direcţie (art. 70 alin.2);

- obligaţia de a aduce la îndeplinire, cu exactitate hotărârile adunării generale (art. 73 lit.d);

- obligaţia de a răspunde de realitatea vărsămintelor efectuate de asociaţi (art. 73 alin.1 lit.a) iar, în caz de subscripţie publică, obligaţia de a răspunde, în solidar cu fondatorii de subscrierea integrală a capitalului social şi efectuarea vărsămintelor stabilite de lege (societatea nu se poate constitui prin

[1] Această obligaţie este generală pentru orice tip de societate, chiar dacă este plasată în materia constituirii societăţilor pe acţiuni prin subscripţie publică. În acest sens, pentru reglementarea iniţială (fostul art. 27 alin.2), vz. O.CĂPĂŢÂNĂ, "*Societăţile comerciale*", p.333.

Scanned with OKEN Scanner

subscripţie publică dacă fiecare acceptant nu a vărsat cel puţin 50% din aportul subscris) sau de statut (art. 30);

- obligaţia de a răspunde de realitatea dividendelor plătite asociaţilor (art. 73 alin.1, lit. b); există dividende reale, putând fi distribuite asociaţilor, când societatea realizează beneficii reale (profit) adică din încasări reuşeşte să-şi acopere costurile şi să-şi plătească impozitele şi taxele, rămânând şi un excedent peste aceste sume (art. 67); neîndeplinirea acestei obligaţii este sancţionată chiar penal (art. 265 pct.5);

c) ***Obligaţia de a ţine o contabilitate corectă a societăţii***, asigurând existenţa şi corecta completare a registrelor contabile (art. 73 alin.1 lit.c). Registrele contabile asigură atât o evidenţă clară a operaţiunilor societăţii, cât şi calcularea impozitelor şi taxelor datorate bugetului public de către societate. Ţinerea registrelor contabile este o obligaţie profesională generală a comercianţilor, administratorul fiind cel care are această obligaţie în numele societăţii; în cazul neregulatei ţineri a contabilităţii comerciantul este pasibil de unele sancţiuni, contravenţionale şi chiar penale, fapt pentru care această obligaţie importantă este reglementată atât de Codul comercial (art. 22-24 C.com.) cât şi de legi speciale, cum ar fi Legea nr. 72/1996 privind finanţele publice[1], Legea nr. 82/1991 privind contabilitatea[2], Ordonanţa nr. 11/1996 privind executarea creanţelor bugetare[3]. Unele registre contabile sunt obligatorii (registrul jurnal de încasări şi plăţi; registrul-inventar; registrul Cartea mare), altele sunt doar facultative (registrul copier, în care comerciantul îşi trece în ordine cronologică corespondenţa comercială).

La sfârşitul fiecărui exerciţiu financiar, administratorul este obligat să întocmească bilanţul şi contul de profit şi pierderi (art. 27 din Legea nr. 82/1991 a contabilităţii) şi să le depună la administraţia financiară teritorială (art. 31 din Legea conta-

[1] M.Of. nr. 152/17.07.1996.

[2] M.Of. nr. 303 bis/22.12.1993, împreună cu Regulamentul de aplicare, aprobat prin H.G. nr. 704/1993.

[3] M.Of. nr. 23/31.01.1996.

Scanned with OKEN Scanner

bilităţii - în practică se folosesc formulare de raportare semestrială). În societăţile pe acţiuni şi în societatea cu răspundere limitată, administratorul are şi obligaţia de a depune bilanţul şi contul de profit şi pierderi, în copie, la Registrul Comerţului pentru a fi publicate în Monitorul Oficial (art. 180 şi art. 196 alin.1 din Legea nr. 31/1990).

d) ***Obligaţii profesionale ale comercianţilor,*** ce incumbă şi societăţilor comerciale, sunt în sarcina administratorilor ca persoane ce exercită comerţul societăţii:

- obligaţia de a exercita comerţul în limitele unei concurenţe loiale (Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale şi Legea nr. 21/1996 privind concurenţa[1]);
- obligaţia de protecţie a drepturilor consumatorilor;
- obligaţia de protecţie a mediului înconjurător etc.

e) ***Obligaţia de informare a asociaţilor cu privire la activitatea societăţii***

În executarea acestei obligaţii, administratorii sunt datori să ţină diversele registre ale societăţii (de exemplu, în societatea pe acţiuni: un registru al acţiunilor şi al acţionarilor, un registru al şedinţelor şi deliberărilor adunărilor generale şi ai consiliului de administraţie sau al comitetului de direcţie, un registru al obligaţiunilor cu indicarea obligatarilor, când acestea sunt nominative), şi să pună la dispoziţia acţionarilor unele registre (registrul de acţiuni, registrul cu şedinţele adunării generale) sau să le elibereze un extras de pe acestea, la cerere. Această obligaţie de informare a asociaţilor este prevăzută în art. 173 alin.1 din lege, în materie de societate pe acţiuni, dar credem că au incidenţă generală la orice formă de societate, pentru identitate de raţiune. De asemenea, tot în executarea obligaţiei de informare a asociaţilor, în societatea pe acţiuni (şi atunci când există cenzori, şi în societatea cu răspundere limitată - numirea cenzorilor este obligatorie, conform art. 194 alin.2, când numărul asociaţilor este mai mare de 15), conform art. 176, administratorii trebuie să

[1] M.Of. nr. 38/39.04.1996.

prezinte cenzorilor cu cel puţin o lună înainte de şedinţa adunării generale, bilanţul exerciţiului financiar precedent, cu contul de profit şi pierderi, însoţit de un raport al administratorilor şi documentele justificative, pentru ca cenzorii să facă un raport amănunţit asupra acestor documente, ce urmează a fi discutat împreună cu raportul administratorilor în adunarea generală (art. 158 alin.2). Desigur că, în adunările generale ale asociaţilor, indiferent de forma juridică a societăţii, administratorii vor da socoteală de modul în care au condus operaţiunile societăţii, fapt pentru care trebuie să asigure şi să faciliteze accesul asociaţilor la informaţiile cuprinse în raportul lor şi al cenzorilor.

Acţionarii au dreptul să se informeze din registrul de acţiuni şi acţionari ai societăţii şi din registrul de decizii şi deliberări ale adunărilor generale, administratorii fiind obligaţi să le înfăţişeze sau să le elibereze, la cerere şi pe cheltuiala acestora, extrase din aceste registre. Dar acţionarii nu au dreptul să cunoască registrele de decizii şi deliberări ale consiliului de administraţie sau ale comitetului de direcţie, aceasta pentru a se asigura păstrarea confidenţialităţii sau secretelor de afaceri ale societăţii. Nu acelaşi lucru se întâmplă, însă, în caz de litigiu, întrucât nu numai acţionarii, dar oricare persoană care ar demonstra într-un litigiu cu societatea un interes legitim poate cere instanţei să ordone administratorilor societăţii să înfăţişeze ***oricare registru*** al societăţii pentru a se extrage din acestea numai ceea ce este necesar la litigiu (art. 32 C.com.). Această măsură poate fi dispusă de instanţă şi din oficiu, dar nu şi în procesele necontencioase (întrucât art. 32 C.com. se referă la ***contestaţii*** de orice natură şi la ***litigiu***).

În cazul în care litigiul respectiv este privitor la succesiuni, comunităţi de bunuri, societăţi şi în caz de faliment, instanţa poate ordona şi măsura mai gravă, a *comunicării* registrelor, care înseamnă aplicarea întregii publicităţi a unor asemenea procese şi registrelor societăţii în cauză, adică o devoalare a secretelor de afaceri ale societăţii.

Măsura este, însă, justificată, datorită naturii litigiului; de altfel, în caz de faliment al societăţii, administratorii sunt chiar

obligaţi să depună registrele societăţii la tribunalul competent cu instrumentarea procedurii colective.

Acţionarii îşi pot exercita dreptul la informare şi prin intermediul cenzorilor. În dreptul francez al întreprinderii în dificultate, cenzorii au ***obligaţia*** de a declanşa procedura ***alertei***, atunci când sesizează în activitatea administratorilor fapte şi aplicaţiuni de natură a compromite continuarea; cenzorii cu explicaţii administratorilor asupra acestor fapte şi operaţiuni, precum şi măsuri de remediere; în cazul în care explicaţiile şi măsurile nu sunt de natură a remedia situaţia, cenzorii convoacă organele deliberative ale societăţii pentru a lua măsurile ce se impun; dacă nici aceste măsuri nu se dovedesc a fi suficiente, cenzorul notifică tribunalul comercial asupra stadiilor alertei, pentru ca în caz de necesitate, tribunalul să-i oblige pe administratori, să ia măsurile ce se impun pentru remedierea dificultăţilor. Se observă că alerta declanşată de cenzori este o măsură de ***prevenţie a dificultăţilor*** (care se aplică numai în societăţile în care există cenzori); această procedură poate fi declanşată de cenzori şi la iniţiativa asociaţilor. Când asociatul deţine cel puţin 10% din capitalul societăţii, acesta are dreptul de a pune administratorilor ***întrebări scrise*** de 2 ori pe an, la care administratorul este obligat să răspundă şi să ofere soluţii; lipsa de răspuns sau insuficienţa/ineficienţa măsurilor propuse dau dreptul asociatului să solicite cenzorilor să declanşeze alerta (art. 64-1 şi art. 226-1 din Legea franceză a societăţilor comerciale din iulie 1966). Nedeclanşarea alertei de către cenzori poate fi sancţionată cu răspunderea acestora pentru daune faţă de societate sau creditorii sociali, dacă se va dovedi că, prin declanşarea alertei, falimentul putea fi evitat (art. 234 din Legea franceză a societăţilor comerciale).

O asemenea procedură nu există în dreptul nostru.

În ce-i priveşte pe investitorii în valori mobiliare emise de societate, aceştia au dreptul la o informare periodică şi continuă asupra situaţiei financiare a societăţii emitente (Regulamentul nr. 2/1996 al CNVM, M.Of. nr. 92/7.05.1996). În timp ce acţionarul obişnuit, în cazul refuzului administratorului de a da curs unei cereri de informaţii, nu are altă posibilitate de a-l constrânge pe administrator să-şi execute această obligaţie decât acţiunea în

Scanned with OKEN Scanner

răspundere (care este de competenţa adunării generale a acţionarilor şi numai în cazuri de excepţie este şi la îndemâna acţionarilor minoritari; inconvenientul este că administratorul are, de obicei, o influenţă majoră în adunarea generală, fapt pentru care acţionarea în răspundere a acestuia este greu de obţinut), ori pe calea ordonanţei preşedinţiale, ca măsură urgentă şi vremelnică, până la soluţionarea acţiunii în răspundere, investitorii în valori mobiliare emise de societate au acces mai facil la informaţie, întrucât emitentul este obligat să elaboreze, cel puţin trimestrial, rapoarte asupra situaţiei societăţii emitente, sub sancţiuni contravenţionale aplicabile de CNVM în caz de nerespectare a acestei obligaţii. În plus, CNVM are posibilitatea să dispună societăţii emitente, prin ordonanţe, prezentarea de documente, efectuarea de anchete, audieri etc. (art. 15 alin. 2 din Legea nr. 52/1994), în exercitarea atribuţiilor sale de control; iar acurateţea informaţiilor este asigurată prin intermediul certificării situaţiilor financiar-contabile de către cenzorii externi independenţi.

În ce-i priveşte pe obligatari, aceştia au dreptul să consulte registrele de obligaţiuni ale societăţii. Cum numai societatea pe acţiuni are dreptul să emită obligaţiuni, rezultă că obligaţia prezentării acestui tip de registru revine numai administratorilor societăţii pe acţiuni.

Legea reglementează de o manieră precisă (şi chiar sub sancţiuni penale, uneori: art. 265 pct. 2 dispune că se pedepseşte penal acel administrator care prezintă, cu rea-credinţă, acţionarilor, un bilanţ contabil inexact sau date inexacte asupra condiţiilor economice ale societăţii, în vederea ascunderii situaţiei reale), dreptul de informare al asociaţilor şi dreptul de informare şi control al cenzorilor, ***dar nu reglementează şi dreptul de informare al acelor administratori care nu participă direct la conducerea operativă a societăţii***, ci doar ca membri în consiliul de administraţie, exercitând un control, o supraveghere a activităţii administratorilor operativi (cel mai des, în societăţile pe acţiuni, aceştia din urmă sunt membrii comitetului de direcţie). Jurisprudenţa franceză[1] a

[1] Cass. com. fr., 21 iulie 1985.

Scanned with OKEN Scanner

consacrat acest drept la informare, pe considerentul că consiliul de administraţie este obligat să acţioneze în numele şi în interesul societăţii, iar preşedintele consiliului de administraţie (de cele mai multe ori şi directorul general al societăţii) este obligat să-l pună pe orice administrator, membru al consiliului de administraţie, în măsură să-şi exercite această obligaţie în deplină cunoştinţă de cauză. Administratorul operativ are, deci, şi obligaţia de a-i informa pe ceilalţi administratori cu privire la mersul operaţiilor societăţii[1], mai ales pentru că toţi administratorii răspund solidar de activitatea lor de administrare a societăţii (art. 73). Nu vor putea fi luate, în consiliul de administraţie, decizii asupra problemelor neaflate pe ordinea de zi, cu excepţia cazurilor de urgenţă şi cu condiţia ratificării lor în şedinţa următoare de către membrii absenţi.

f) Obligaţia de non-concurenţă şi de urmărire a interesului societăţii reprezintă, în fapt, ***o obligaţie de fidelitate*** a administratorului faţă de societate. Este o obligaţie deosebit de importantă pentru societate, motiv pentru care, aşa cum se va arăta, încălcarea ei este sancţionată chiar penal în Legea nr. 31/1990, în afară de răspunderea patrimonială a administratorului sau de revocarea sa.

Restricţiile de concurenţă (obligaţia de non-concurenţă) privesc numai pe administratorii societăţilor pe acţiuni şi cu răspundere limitată, nu şi pe cei ai societăţilor de persoane (în acest din urmă caz, restricţiile de concurenţă se referă la asociaţi)[2].

Faptul că actualul art. 82 (nemodificat prin O.G. nr. 32/1997) se referă numai la asociaţi, nu şi la administratori, reprezintă o opţiune injustă la legiuitorului, din moment ce art 7 lit. e permite ca în societăţile de persoane să fie desemnaţi administratorii şi dintre neasociaţi; dat fiind caracterul *intuitu personae* al societăţilor de persoane, este injust ca unui administrator neasociat să-i fie permis să facă o concurenţă (posibil neloială) activităţii societăţii, nepermisă în societăţile de capi-

[1] Vz. şi M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p.215.
[2] Vz. în acelaşi sens O.CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit.*, p.143.

Scanned with OKEN Scanner

taluri, în care răspunderea asociaţilor pentru datoriile sociale este limitată la aportul lor la capitalul social. Deşi am fi tentaţi să extindem restricţia şi la administratorii neasociaţi, acest lucru nu este posibil fiind în prezenţa unei restricţii a capacităţii de folosinţă care nu poate fi extinsă prin analogie (*exceptio est strictissimae interpretationis*).

În societăţile de persoane, asociaţii nu pot avea calitatea de asociaţi cu răspundere nelimitată în alte societăţi comerciale sau având acelaşi obiect şi nici să facă operaţiuni (pe cont propriu sau al altora), în acelaşi fel de comerţ sau într-unul asemănător cu al societăţii, fără consimţământul ***celorlalţi asociaţi*** (art. 82 alin.1 şi art. 90). Când, fără consimţământul expres sau tacit al celorlalţi asociaţi, asociatul în cauză săvârşeşte operaţiunile vizate, el este pasibil de plata unor despăgubiri societăţii, pentru prejudiciul cauzat prin încălcarea obligaţiei de non-concurenţă sau poate fi exclus din societate. Evident că, dacă administratorul unei astfel de societăţi este şi asociat, el este ţinut de aceste obligaţii şi poate fi sancţionat inclusiv cu revocarea din funcţie, dar dacă este neasociat nu este ţinut de această obligaţie, ci, eventual, de o normă deontologică de fidelitate faţă de societate.

În societatea cu răspundere limitată, administratorii nu pot primi, fără ***autorizarea adunării asociaţilor***, mandatul de administrator în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect şi nici să facă acelaşi fel de comerţ ori altul concurent, (pe cont propriu sau al unui terţ), sub sancţiunea revocării şi răspunderii pentru daune - art. 192 alin.2 din lege.

În societăţile pe acţiuni (şi în comandită pe acţiuni), restricţiile de concurenţă sunt diferite, după cum administratorul este membru ordinar al consiliului de administraţie sau membru al comitetului de direcţie.

Nici un administrator (persoană fizică sau juridică) nu poate funcţiona în mai mult de 3 consilii de administraţie concomitent (cu excepţia cazului în care cel ales în consiliul de administraţie este proprietar a cel puţin 1/4 din totalul acţiunilor sau este administratorul unei societăţi care deţine

Scanned with OKEN Scanner

pătrimea arătată)[1]. Sancţiunea depăşirii limitei celor 3 consilii de administraţie este pierderea calităţii de administrator, în ordinea cronologică a numirilor şi ***plata în folosul statului a remuneraţiei şi a celorlalte beneficii ce se cuvin, cât şi restituirea către societate a sumelor încasate***[2], iar acţiunea contra acestui administrator pentru aplicarea sancţiunii poate fi exercitată de către orice alt administrator sau de către Ministerul Finanţelor.

Membrii comitetului de direcţie şi directorii (executivi - n.n.) unei societăţi pe acţiuni, nu vor putea fi, fără ***autorizarea consiliului de administraţie***, administratori (ordinari, n.n.), membri în comitetul de direcţie, cenzori sau asociaţi cu răspundere nelimitată, în alte societăţi concurente sau având acelaşi obiect şi nu pot exercita acelaşi comerţ sau altul concurent (pe cont propriu sau al unui terţ), sub pedeapsa revocării şi răspunderii pentru daune, aşa cum dispune art. 142 alin. final.

Observăm că restricţiile referitoare la membrii comitetului de direcţie sunt mai accentuate (pe lângă funcţia de administrator, membrii comitetului de direcţie nu pot fi nici cenzori sau asociaţi cu răspundere limitată la altă societate concurentă sau având acelaşi obiect[3]), ceea ce este logic din moment ce membrii comitetului de direcţie sunt acei administratori care exercită conducerea operativă a societăţii, având nevoie de suficient timp care să fie alocat acestei funcţii; pe de altă parte, aceşti administratori pot primi încu-

---

[1] Conform art. 92 din legea franceză a societăţilor comerciale, un administrator nu poate face parte simultan din mai mult de 8 consilii de administraţie, cu excepţia cazului în care o societate dintre cele pe care le administrează deţine la alte societăţi cel puţin 20% din acţiuni, caz în care se poate ajunge la încă 5 mandate (13 în total) iar mandatele în societăţile străine nu se iau în calcul. În cazul persoanelor juridice care exercită funcţia de administrator al unei societăţi comerciale limitarea nu se aplică.

[2] Vz. şi ST.D.CĂRPENARU, *lucr. cit.*, în RDC nr. 2/1993, p. 39.

[3] *Per a contrario*, administratorii ordinari pot fi cenzori la altă societate - nu la aceeaşi societate, pentru că s-ar încălca principiul ierarhiei funcţiilor în structura societăţii - sau chiar asociaţi cu răspundere nelimitată (dacă nu sunt desemnaţi şi administratori).

Scanned with OKEN Scanner

viinţarea consiliului de administraţie de a exercita această funcţie şi la altă societate (ceea ce este util mai ales în cadrul grupului de societăţi, când o societate din cadrul grupului asigură conducerea operativă a altei societăţi din cadrul grupului).

Remarcăm că, indiferent de forma de societate, restricţiile de concurenţă nu se aplică dacă nu e vorba de un comerţ concurent (societate concurentă), cu excepţia restricţiei referitoare la membrii consiliului de administraţie în societăţile pe acţiuni (art. 142 alin.1). De asemenea, restricţiile sunt inaplicabile şi atunci când operaţiunile de concurenţă vizate sunt încuviinţate fie de adunarea generală a asociaţilor, fie de consiliul de administraţie (în societăţile pe acţiuni, cu referire la membrii comitetului de direcţie şi directorii executivi) şi din nou, cu excepţia restricţiei referitoare la membrii consiliului de administraţie al societăţilor pe acţiuni (care este aplicabilă indiferent de vreo decizie contrară a consiliului de administraţie sau a adunării generale a acţionarilor).

Tot în executarea obligaţiei de fidelitate a administratorului faţă de societate administratorii trebuie să urmărească ***interesul social***, abţinându-se de la anumite acţiuni sau operaţiuni care ar putea duce la prejudicierea acestui interes.

Astfel, sub sancţiunea plăţii de daune societăţii pentru prejudiciul cauzat; administratorul care are într-o anumită operaţie un interes propriu (direct sau indirect) contrar intereselor societăţii sau ştie că în acea operaţie sunt interesaţi soţul, rudele sau afinii săi până la gradul al patrulea inclusiv trebuie să înştiinţeze despre aceasta pe ceilalţi administratori şi pe cenzori şi să nu ia parte la nici o deliberare privitoare la această operaţie (art. 145 din lege).

În societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată, această sancţiune este aplicabilă doar administratorilor asociaţi (art. 79) şi se referă şi la votul în adunarea generală, nu numai la deciziile luate în administrarea societăţii. Iar sancţiunea daunelor este aplicabilă doar dacă fără votul administratorului asociat nu s-ar fi obţinut majoritatea cerută, deci prin votul său s-a impus luarea deciziei păgubitoare.

Scanned with OKEN Scanner

Tot astfel, conform art. 125, administratorii acţionari nu vor putea vota în adunarea generală a acţionarilor, în baza acţiunilor pe care le posedă, nici personal, nici prin mandatar, descărcarea gestiunii lor sau o problemă în care persoana sau administrarea lor ar fi în discuţie (cu excepţia cazului în care, fiind deţinători a cel puţin 50% din acţiuni, fără votul lor nu s-ar putea obţine majoritatea cerută şi în adunare s-ar vota bilanţul), iar conform art. 126, administratorul acţionar nu va putea vota în adunarea generală cu privire la o operaţiune în care are un interes contrar societăţii (sub sancţiunea plăţii de daune societăţii dacă, fără votul său, nu s-ar fi obţinut majoritatea cerută, adică dacă prin votul său a forţat acceptarea de către adunarea generală a operaţiunii în care societatea are un interes contrar).

2.3.3. Obligaţiile specifice administratorilor societăţilor care acţionează pe piaţa valorilor mobiliare

Unul din principiile de reglementare a emiterii şi circulaţiei valorilor mobiliare este acela al protecţiei investitorilor[1], principiu menit a asigura menţinerea încrederii publicului în piaţa valorilor mobiliare şi stimularea investiţiilor în valori mobiliare. De asemenea, legislaţia valorilor mobiliare este guvernată de ideea de protejare a emitenţilor şi intermediarilor de valori mobiliare împotriva speculaţiilor frauduloase cu instrumente negociabile (valori mobiliare) emise sau intermediate de aceştia. Aceste două principii se manifestă cu pregnanţă în reglementările privind administrarea şi conducerea executivă a societăţilor ce acţionează pe piaţa valorilor mobiliare (societăţi de valori mobiliare, de plasament, de depozitare, societăţi de investiţii colective, societăţi de investiţii cu capital de risc, societăţi de administrare a investiţiilor) persoanelor care execută aceste funcţii fiindu-le aplicabile o serie de obligaţii şi restricţii pe care le analizăm, grosso modo, în continuare.

---

[1] Vz. şi SORIN DAVID, HORAŢIU DUMITRU, "*Principiile fundamentale care guvernează reglementările aplicabile pieţei valorilor mobiliare*", în RDC nr. 7-8/1996 şi nr. 9/1996, p. 4-45, respectiv p. 43-47.

Scanned with OKEN Scanner

Prin aceste restricţii şi obligaţii specifice se urmăreşte, în principal, specializarea activităţilor pe piaţa valorilor mobiliare, căci, aşa cum corect se precizează în doctrina recentă[1], în raporturile contractuale dintre investitori şi intermediari pe piaţa valorilor mobiliare, odată cu creşterea gradului de participare a investitorilor (investitori instituţionali, în principal) la administrarea propriilor investiţii, se limitează şi conţinutul obligaţiilor asumate de intermediari şi, în consecinţă, diligenţa ce trebuie depusă de intermediari acoperă un număr mai redus de acte şi operaţiuni ori este mai puţin sever apreciată (art. 1080 alin. 1 C.civ.).

1. *Administratorii societăţilor de valori mobiliare (SVM)* sunt ţinuţi de următoarele obligaţii şi restricţii:

a) nu pot fi acţionari ai unei alte SVM, cu excepţia cazului în care ar fi vorba de acţiuni ale unei SVM, organizată ca societate deschisă[2] şi care este cotată la o bursă de valori şi cu condiţia ca deţinerile lor individuale şi cumulate[3] să nu depăşească 5% şi, respectiv, 20% din capitalul subscris al unei astfel de SVM; dacă sunt şi acţionari semnificativi ai unei SVM, administratorii acesteia nu pot deţine nici un fel de participare într-o altă SVM.

b) nu pot fi aleşi ca membri în Consiliul de Administraţie sau în conducerea executivă a altei SVM.

În aceste două cazuri (a-b), CNVM nu acordă autorizaţia de funcţionare societăţii de valori mobiliare (art. 36 lit. e, Legea nr. 52/1994), iar dacă autorizaţia a fost anterior acordată, ea va fi retrasă. Cele două tipuri de restricţii sunt reluate şi în Regulamentul nr. 3/1998 al CNVM privind autorizarea şi

---

[1] S. DAVID, H. DUMITRU, *lucr. cit.*, RDC, nr. 7-8 din 1996, p. 41, nota 32 subsol.

[2] Societatea pe acţiuni e considerată societate deschisă dacă s-a constituit prin subscripţie publică sau dacă a emis valori mobiliare din care cel puţin o categorie a făcut sau face obiectul unei oferte publice regulat promovate (art. 2 lit. k, Legea nr. 52/1994).

[3] Este vorba de cumulul de astfel de acţiuni ale membrilor conducerii unei SVM şi ale agenţilor săi de valori mobiliare.

Scanned with OKEN Scanner

exercitarea intermedierii de valori mobiliare[1], mai precis, în art. 5 pct. 6 din acest Regulament. În plus, dispoziţia din Regulament completează aceste restricţii cu încă o restricţie: soţul, rudele până la gradul al doilea inclusiv, precum şi afinii de gradul întâi ai acţionarilor cu poziţie de control, ai membrilor Consiliului de Administraţie sau ai Comitetului de direcţie nu pot deţine nici ei funcţii de conducere şi nu pot fi acţionari semnificativi într-o altă societate de valori mobiliare. Modul de reglementare a acestei din urmă restricţii este discutabil (se completează legea printr-un regulament al unei autorităţi administrative, acolo unde legea prevede restricţii şi excepţii care sunt de strictă interpretare); legalitatea sa probabil consistă în delegarea de putere reglementară instituită în favoarea CNVM prin art. 13 din Legea nr. 52/1994. Oricum, această restricţie e puţin compatibilă cu principiile constituţionale ale libertăţii muncii şi asocierii.

c) administratorii unei SVM nu pot fi aleşi în funcţii de conducere (în Consiliul de Administraţie, ca directori executivi) ai unei societăţi de administrare a investiţiilor (art. 35 alin. 4 teza II din O.G. nr. 24/1993 şi art. 5 pct. 6 alin. 2 din Regulamentul CNVM nr. 3/1998). De asemenea, aceşti administratori nu pot deţine mai mult de 5% din acţiunile unei societăţi de administrare a investiţiilor (art. 35 alin. 4 teza I din O.G. nr. 24/1993). Nici societatea de administrare a investiţiilor, în schimb, nu poate deţine acţiuni la o S.V.M. (art. 38 lit. d, O.G. nr. 24/1993).

d) când într-o tranzacţie cu valori mobiliare este ***parte*** un membru al Consiliului de Administraţie sau un conducător executiv al unei SVM, tranzacţia respectivă nu se poate realiza decât prin ofertă publică (de vânzare sau de cumpărare a valorilor mobiliare vizate), conform art. 43 alin. final din Legea nr. 52/1994. De altfel, această restricţie se aplică şi atunci când însăşi SVM ori un acţionar semnificativ al său, un agent de

[1] Aprobat prin Ordinul nr. 3/24.02.1998 al preşedintelui CNVM şi publicat în M.Of. nr. 114/16.03.1998.

Scanned with OKEN Scanner

valori mobiliare, un consilier de investiţii, sau un cenzor al acesteia ar fi parte într-o tranzacţie cu valori mobiliare.

e) în fine, conform art. 84 din Legea nr. 52/1994, informaţiile privitoare la valorile mobiliare oferite public sunt considerate confidenţiale sau privilegiate până la publicarea lor în rapoartele ce sunt făcute publice periodic şi obligatoriu de către emitenţii valorilor mobiliare respective (art. 82). Deţinătorii de informaţii privilegiate sau confidenţiale nu le pot divulga şi nici nu le pot valorifica ori nu pot facilita publicarea lor în avantajul propriu sau al unor terţi (art. 26 alin. 1). Conform art. 85, persoana iniţiată (deţinător de informaţii confidenţiale) este considerat acela care are acces la informaţiile (privilegiate ori confidenţiale) respective, ca membru al structurilor de conducere, supraveghere, ori al oricărei entităţi similare a ***emitentului***, ca investitor în valorile mobiliare ale emitentului sau ca angajat al acestuia, ori ca urmare a unor legături sau poziţii identice ca cele enumerate într-o persoană juridică ce are ea însăşi acces la informaţii sau ca urmare a obţinerii informaţiei de la una dintre persoanele enumerate. Se observă că un administrator al unei SVM poate fi considerat ***persoană iniţiată***, din moment ce poate să ajungă în posesia unor informaţii privilegiate în derularea ofertei publice de valori mobiliare în contul emitentului; de aceea, desigur că va fi ţinut de obligaţia definită în art. 86 alin. 1 din Legea nr. 52/1994.

Administratorii societăţilor de valori mobiliare care intermediază tranzacţii cu valori mobiliare emise de fondurile deschise de investiţii (titluri de participare) ori de societăţile de investiţii colective (acţiuni), fiind persoane implicate, nu pot dobândi titluri de participare în fondul deschis de investiţii respectiv sau acţiuni la societatea de investiţii colective respective într-un procent care să depăşească 5% din totalul titlurilor de participare sau acţiunilor (art. 24 alin. 1 din O.G. nr. 24/1993).

2. Administratorii şi membrii conducerii executive ai ***societăţilor de administrare a investiţiilor*** (SAI) sunt ţinuţi de următoarele obligaţii şi restricţii:

Scanned with OKEN Scanner

a) în actele constitutive ale societăţii de investiţii colective ori ale fondului deschis de investiţii pe care le administrează, societăţile de administrare a investiţiilor, prin grija managerilor lor, trebuie să insereze clauze conform cărora acestea să nu poată dobândi valori mobiliare care le-ar conferi controlul efectiv sau influenţe materiale asupra conducerii societăţii la care deţin portofoliul de valori mobiliare - art. 25 alin. 2 din O.G. nr. 24/1993. Deşi cam bizar formulat, textul art. 25 alin. 2 din O.G. nr. 24/1993 exprimă o cerinţă esenţială la adresa investitorilor instituţionali: diversificarea portofoliului. Această cerinţă este şi mai imperioasă la adresa societăţilor de administrare a investiţiilor, atunci când acestea administrează nu una, ci mai multe societăţi de investiţii ori fonduri deschise de investiţii (art. 28, O.G. nr. 24/1993).

b) administratorii acestor societăţi (SAI) nu pot deţine acţiuni ale unei/unor alte societăţi de administrare a investiţiilor (art. 35 alin. 2 din O.G. nr. 24/1993, precum şi art. 10 şi art. 11 din Regulamentul CNVM nr. 9/1996); societatea însăşi nu poate fi acţionar la alte societăţi de administrare a investiţiilor (art. 38 lit. c din O.G. nr. 24/1993);

c) administratori ai acestor societăţi ***nu pot fi persoanele juridice*** (art. 14, Cap. II, Partea IV din Regulamentul CNVM nr. 9/1996); administratorii nu pot fi, în acelaşi timp, membri în Consiliul de Administraţie al unei alte societăţi de administrare a investiţiilor (art. 15, cap. II, Partea a IV-a din Regulamentul CNVM nr. 9/1996); de asemenea, nu pot fi, în acelaşi timp, membri în consiliul de administraţie al unei societăţi de depozitare, ai conducerii sale executive, deţinătorii a 5% sau mai mult din capitalul social al acelei societăţi de depozitare (art. 16, cap. II, Partea a IV-a, Regulamentul nr. 9/1996), şi nu pot fi, în acelaşi timp, membri în consiliul de administraţie al unei SVM, ai conducerii sale executive, deţinătorii a 5% sau mai mult din acţiunile unei SVM (art. 17, cap. V, Partea a IV-a, Regulament nr. 9/1996).

3. Administratorii ***societăţilor de depozitare*** sunt ţinuţi, în principal, de următoarele categorii de restricţii:

Scanned with OKEN Scanner

a) nu pot deţine mai mult de 5% din acţiunile societăţilor de administrare a investiţiilor pentru care societatea aflată în administrarea lor (de depozitare) îndeplineşte funcţii de depozitare;

b) nu pot îndeplini funcţia de membri în Consiliul de Administraţie al acestor societăţi de administrare a investiţiilor (art. 35 alin. 3 şi art. 44 alin. 3 din O.G. nr. 24/1993).

2.3.4. Atribuţiile (puterile) administratorului.

A. Atribuţia de gerare şi atribuţia de reprezentare

Administratorul este, aşa cum am arătat, cel ce are exerciţiul atributelor dreptului de proprietate socială, putând face orice operaţiune necesară pentru aducerea la îndeplinire a obiectului societăţii. În virtutea acestor atribuţii largi, administratorul poate săvârşi atât acte şi fapte juridice sau materiale ce ţin de gestiunea internă a societăţii, cât şi acte şi fapte juridice care să angajeze societatea în raporturile cu terţii.

Acest principiu, statuat de art. 70 alin.1, este, desigur, valabil atunci când asociaţii în actul constitutiv nu decid restrângerea atribuţiilor unuia (unora) dintre administratori. Din art. 7 lit. e şi art. 8 lit. g rezultă şi distincţia clară pe care legea o face între atribuţiile de administrare ordinară (gestiune internă) şi cele de reprezentare; în caz de pluralitate de administratori, atribuţiile unora dintre ei pot fi limitate la gestiunea internă a societăţii, în timp ce unuia (unora) dintre ei le sunt conferite şi atribuţiile de a angaja societatea în relaţiile cu terţii, adică puterea de reprezentare.

Principalele atribuţii ale administratorilor sunt deci, ***atribuţia de gerare*** (administrare ordinară, gestiune internă) şi ***atribuţia de reprezentare***.

În cazul pluralităţii de administratori, de regulă, administratorul ordinar are atribuţii de gestiune internă a societăţii iar în societăţile pe acţiuni, acţionarii pot decide compartimentarea acestor atribuţii de gestiune internă pe domenii de specialitate (concluzia rezultă din art. 8 lit. g, conform căruia în actul constitutiv pot fi reglementate ***drepturi speciale*** de administrare şi reprezentare acordate unora dintre administratori).

Scanned with OKEN Scanner

Pentru a putea angaja răspunderea societăţii faţă de terţi, un administrator trebuie să fie desemnat ***reprezentant legal*** al societăţii (acest administrator este denumit tradiţional şi "organ" al societăţii), iar această numire trebuie să fie urmată de îndeplinirea unor formalităţi de publicitate.

Reprezentantul legal al societăţii este, deci, acel administrator al societăţii căruia asociaţii i-au conferit dreptul de "semnătură socială", adică dreptul de a exprima voinţa juridică a societăţii, de a angaja responsabilitatea juridică a acestuia faţă de terţi.

Raportul de reprezentare este un raport accesoriu raportului de administrare în care se află administratorul faţă de societate[1]; raportul de administrare, atunci când nu este dublat şi de un raport de reprezentare, are conţinutul unui mandat comercial, fără ca mandatarul să aibă puterea de reprezentare a mandantului (societatea) în acte juridice adică, un mandat limitat la fapte materiale de gestiune.

În doctrină (v. Fl. Baias, S.David, *lucr.cit.*, p.20) s-a spus că administratorul fără reprezentare nu are o natură juridică diferită de aceea a administratorului cu reprezentare, întrucât, pentru activitatea lor comună (în consiliul de administraţie), răspunderea lor este aceeaşi cu a celor care au puterea de reprezentare, dispoziţiile legale aplicabile (art. 76-78 şi art. 192 din Legea nr. 31/1990) nefăcând distincţie între ei. Nu putem fi de acord cu această opinie, întrucât administratorii ordinari, mai ales cei care nu participă efectiv la conducerea operativă a societăţii, au mai degrabă o obligaţie de control şi supraveghere a administratorilor reprezentanţi, ori a celor executivi, obligaţie de diligenţă şi nu de rezultat, iar legea permite desolidarizarea administratorilor de deciziile celorlalţi luate în consiliul de administraţie (art. 144 alin.5-6) precum şi compartimentarea atribuţiilor (în societăţile pe acţiuni - art. 8 lit.g, penultima teză), motiv pentru care răspunderea celor două

[1] Reprezentarea este numai de natura, nu şi de esenţa mandatului. Vz. FR. DEAK, ST.D.CĂRPENARU, "*Contracte civile şi comerciale*", Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1993, p. 155.

Scanned with OKEN Scanner

categorii de administratori, mai ales faţă de societate, nu poate fi aceeaşi. Pe de altă parte, nu se poate susţine nici că administratorul ordinar este un mandatar prête-nom al societăţii (mandat fără reprezentare) - în acest caz, mandatarul încheie actele juridice în nume propiu, dar pe seama mandantului; ***administratorul ordinar nu încheie acte juridice ale societăţii, mandatul său fiind limitat la fapte materiale de gestiune.***

Mandatul comercial având ca obiect tratarea de afaceri comerciale pe seama şi socoteala mandatarului (art. 374 alin.1 C.com.), înseamnă că mandatarul comercial, în executarea mandatului, va face diverse operaţiuni materiale necesare îndeplinirii mandatului, cu o pondere mult mai mare decât în cazul mandatului civil (mandatarul civil, având dreptul să încheie acte juridice în numele şi pe seama mandatarului nu poate săvârşi decât acele operaţiuni materiale care sunt strict legate de încheierea actului - de exemplu, redactarea) pentru că încheierea unei afaceri presupune de cele mai multe ori, o suită de operaţiuni materiale (exemplu: redactarea unui plan de afaceri şi negocieri pentru obţinerea unui credit, pentru o fuziune etc.)

Pe de altă parte, "tratarea unei afaceri comerciale", înseamnă săvârşirea de fapte de comerţ obiective (art. 3 C.com.) sau subiective (art. 4 C.com.) care sunt nu numai acte juridice, ci şi fapte juridice şi operaţiuni materiale (exemplu: întreprinderile). Rezultă că mandatul unui administrator ordinar, care e un mandat comercial, conţine atribuţiile acestuia de a exercita pentru societate mai degrabă fapte juridice ori materiale, decât acte juridice.

Consecinţa acestei caracterizări este aceea că, atunci când un administrator, deşi nu are şi calitatea de reprezentant legal al societăţii, încheie acte juridice sau săvârşeşte fapte juridice în această din urmă calitate, poate să-şi angajeze propria răspundere, pentru că şi-a depăşit limitele mandatului.

Reprezentantul legal al societăţii este desemnat de către asociaţi, fie la constituire, printr-o clauză inserată în actul constitutiv, fie ulterior, printr-o decizie a adunării generale.

Scanned with OKEN Scanner

În dreptul francez, ***preşedintele consiliului de administraţie***, care este, în majoritatea cazurilor şi ***director general al societăţii*** (de aceea este denumit şi president-directeur général, prescurtat PDG) este desemnat (şi revocat) de către consiliul de administraţie şi ***nu de adunarea generală a asociaţilor***. El este în mod necesar persoană fizică; nu are calitatea de comerciant dar, în caz de faliment al societăţii, este pasibil de unele sancţiuni pecuniare şi chiar de un faliment personal; nu este salariat, dar pe plan fiscal şi social beneficiază de aceleaşi avantaje ca şi salariaţii; el poate cumula calitatea de administrator cu cea de salariat în condiţiile legii.

Când însă directorul general al societăţii este altcineva decât preşedintele consiliului de administraţie, acest director general este un mandatar al societăţii, cu puteri delegate (şi limitate) de consiliul de administraţie. El angajează societatea faţă de terţi, prin semnătura sa, dar are şi responsabilitatea gestiunii interne a societăţii (fiind şeful întreprinderii). Preşedintele consiliului de administraţie are, în această situaţie, doar atribuţia de a prezida şedinţele consiliului de administraţie.

Modul de desemnare a administratorilor reprezentanţi este diferit, în funcţie de forma juridică a societăţii.

a) În societăţile de persoane (societatea în nume colectiv şi în comandită simplă) şi în societatea cu răspundere limitată legea prezumă că dreptul de a reprezenta societatea este acordat oricărui administrator (art. 75 şi art. 192 alin. final), deci semnătura lor angajează societatea. Asociaţii pot decide, însă, ca numai unuia/unora dintre administratori să le fie conferit acest drept. Să mai adăugăm că, dacă actul constitutiv dispune ca administratorii să lucreze împreună, atunci decizia lor trebuie luată în unanimitate[1], iar în caz de divergenţă vor decide asociaţii care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social (art. 76 alin.1 şi art. 192 alin. final - acest din

[1] Dacă în contractul de societate nu se prevede nimic cu privire la modul de lucru al administratorilor, aceştia pot lucra şi lua decizii separat, fără ca răspunderea lor să înceteze de a fi solidară.

Scanned with OKEN Scanner

urmă text, prin trimiterea pe care o face la art. 76 alin. 1 derogă de la principiul că, în societatea cu răspundere limitată, deciziile în adunarea generală se iau cu dublă majoritate a asociaţilor şi părţilor sociale). Pentru actele urgente, însă, acte a căror neîndeplinire ar cauza o pagubă importantă societăţii, poate decide un singur administrator în lipsa celorlalţi, chiar dacă nu are calitatea de reprezentant legal, cu condiţia ca ceilalţi administratori să fie în imposibilitate, chiar momentană, de a lua parte la administraţie (art. 76 alin. final).

b) În societăţile de capitaluri (societăţile pe acţiuni şi în comandită pe acţiuni) administratorii (care se organizează obligatoriu într-un consiliu de administraţie atunci când sunt doi sau mai mulţi) au dreptul de reprezentare legală a societăţii numai dacă acţionarii, în contractul de societate sau printr-o decizie ulterioară a adunării generale, le-a acordat în mod expres acest drept. Rezultă că regula este inversă decât la celelalte forme de societate, adică un administrator este prezumat a nu avea şi calitatea de reprezentant legal, deci de a nu putea angaja societatea în raporturile cu terţii, fapt pentru care va trebui să dovedească faptul că are şi calitatea de reprezentant pentru a putea angaja societatea atunci când terţul contractant ***pretinde*** să i se arate calitatea în care acţionează administratorul (principiu reglementat, de altfel, în art. 334 C.com. în materia mandatului comercial).

De aici ar decurge consecinţa că, de fiecare dată, administratorul ar trebui să-şi dovedească şi calitatea de reprezentant, ca să poată încheia acte juridice cu terţii; totuşi, această consecinţă este mult atenuată, pentru că, în primul rând orice reprezentant legal al unei societăţi trebuie să-şi publice semnătura la Registrul Comerţului şi în al doilea rând, datorită celerităţii în raporturile comerciale, orice administrator este, de fapt, prezumat a avea şi calitatea de reprezentant, când se manifestă ca atare în raporturile cu terţii (aparenţa în comercial este mai uşor producătoare de efecte juridice, pentru că nu se cere a avea, ca în civil, caracter comun, invincibil pentru a produce efecte - ***error communis facit jus*** - ci este suficient să aibă destulă tărie sau pregnanţă,

Scanned with OKEN Scanner

pentru a crea convingerea contractantului că este conformă cu adevărul).

Indiferent, însă, de forma societăţii, orice reprezentant al societăţii este obligat să depună la Registrul Comerţului semnătura sa în termen de 15 zile de la constituirea societăţii (dacă a fost numit prin actul constitutiv) sau de la cooptare (când a fost numit prin decizia ulterioară a adunării generale). Pentru dovedirea specimenului de semnătură, reprezentantul societăţii trebuie să semneze în registrul comerţului, în prezenţa judecătorului delegat, a conducătorului oficiului sau a înlocuitorului acestuia, care va certifica semnătura (art. 18 alin. 2 şi 3 coroborate cu art. 21 lit. b din Legea nr. 26 din 1990 privind Registrul Comerţului). Acest specimen de semnătură poate fi înlocuit cu semnătura legalizată de un notar public.

Dreptul de a reprezenta societatea nu poate fi transmis (delegat) către o altă persoană decât dacă această facultate i-a fost acordată administratorului reprezentat în mod expres de către asociaţi. Dacă dreptul de semnătură socială a fost transmis fără ca asociaţii să-i fi permis această transmitere, societatea nu va fi obligată faţă de terţi, dar va putea pretinde de la cel substituit beneficiile rezultate din operaţiune. Depăşindu-şi mandatul, administratorul respectiv îşi asumă personal obligaţiile faţă de terţi. De asemenea, acesta răspunde solidar cu persoana căruia i-a transmis dreptul de semnătură socială pentru pagubele pricinuite societăţii.

Un director executiv poate îndeplini aceste atribuţii, prin delegaţie, dacă asociaţii au permis administratorului reprezentant, prin actul constitutiv sau printr-o decizie ulterioară a A.G.A., să delege o parte sau totalitatea atribuţiilor sale de reprezentare a societăţii (art. 71 alin. 1 din lege). În practică, acest director executiv - reprezentant mai este denumit şi "director general executiv".

B. Atribuţii delegate de adunarea generală

Printr-o inovaţie binevenită a legiuitorului, introdusă prin O.U.G. nr. 32/1997, s-a permis societăţilor pe acţiuni (exclusiv)

Scanned with OKEN Scanner

să delege la administratorul unic sau la consiliul de administraţie exerciţiul unor atribuţii care sunt de competenţa exclusivă a adunărilor generale extraordinare.

Astfel, conform art. 114 din Legea nr. 31/1990[1], adunarea generală extraordinară a acţionarilor va putea delega consiliului de administraţie sau, după caz, administratorului unic, în condiţiile prevăzute în actul constitutiv şi cu majorităţile tipice adunărilor generale extraordinare (stabilite în art. 115) ***exerciţiul atribuţiilor*** *sale* menţionate la art. 113 lit. b, c, e, f şi i, adică:

- mutarea sediului societăţii;
- schimbarea obiectului de activitate al societăţii;
- majorarea, reducerea sau reîntregirea prin emisiune de noi acţiuni, a capitalului social;
- conversia acţiunilor dintr-o categorie în cealaltă.

Nimic nu se opune ca, încă de la constituire, acţionarii să decidă delegarea acestor atribuţii la primii administratori. În orice caz, această posibilitate de delegare de putere trebuie expres prevăzută în actul constitutiv; în caz contrar, adunarea generală extraordinară pentru a putea decide delegarea de putere, trebuie să insereze clauzele corespunzătoare în actul constitutiv, urmând procedura de modificare a actelor constitutive reglementată de art. 199 din lege.

Se observă că este vorba de o delegare care nu poate fi decât temporară a exerciţiului acestor atribuţii exclusive ale adunării generale extraordinare la administraţie şi nu de o trecere propriu-zisă a acestor atribuţii în competenţa administraţiei. Aceste atribuţii rămân în competenţa exclusivă a adunării generale extraordinare. Pe de altă parte, se observă că este vorba, în principiu, de operaţiuni ce reclamă ***modificarea actelor constitutive***, cu toate formalităţile cerute pentru valabilitatea acestor operaţiuni de art. 199 alin. 1; din punct de vedere practic, pentru efectuarea menţiunilor la Registrul Comerţului, la actul adiţional modificator

[1] Acest text este plasat de legiuitor în materie de societăţi pe acţiuni şi, fiind un text de excepţie, el nu poate fi extins prin analogie şi la celelalte forme de societate.

Scanned with OKEN Scanner

al actelor constitutive care constată operaţiunile respective trebuie ataşate, printre altele, decizia adunării generale extraordinare prin care exerciţiul atribuţiilor respective este delegat Consiliului de Administraţie (ori administratorului unic), extras din actul constitutiv care permite această delegare şi decizia administraţiei de a efectua operaţiunile respective pe baza delegării de putere de la adunarea generală extraordinară.

Atribuţiile care sunt de competenţa adunării generale ordinare nu pot fi delegate (mai precis, exerciţiul acestora) la administraţie, ceea ce este logic, din moment ce adunarea generală ordinară discută şi aprobă exerciţiul financiar anterior (bilanţul, contul de profit şi pierderi), raportul de gestiune, remuneraţia, alegerea de noi administratori sau revocarea celor existenţi[1]; a delega la administraţie exerciţiul acestor atribuţii ar însemna să i se ofere posibilitatea să se controleze singură, fără a mai fi controlată de acţionari, ceea ce ar duce la diminuarea responsabilităţii.

Cum Consiliul de Administraţie poate delega o parte din atribuţiile sale comitetului de direcţie (art. 140 alin. 1) şi exerciţiul atribuţiilor adunării generale extraordinare (delegate consiliului) poate fi încredinţat comitetului de direcţie. De asemenea, executarea acestor operaţiuni poate fi încredinţată şi directorilor executivi sau directorului general executiv, în conformitate cu dispoziţiile art. 147 alin. 1 întrucât exercitarea de către Consiliul de Administraţie a unor atribuţii ale adunării generale extraordinare reprezintă o "operaţiune a societăţii" ce poate fi încredinţată directorilor executivi.

Fiind vorba de modificări ale actului constitutiv, adică în general de atribuţii exclusive ale adunării generale extraordinare, delegarea exerciţiului acestor atribuţii este utilă acelor societăţi care sunt obligate la o mare mobilitate a fondurilor proprii, a activităţii desfăşurate, a pieţelor de desfacere a

[1] Art. 151 permite consiliului de administraţie să numească, votând în acest sens împreună cu cenzorii, administratorii provizorii în caz de vacanţă a unuia sau mai multor posturi de administratori, până la convocarea adunării generale, când administratorul provizoriu poate fi confirmat sau nu pe post.

Scanned with OKEN Scanner

produselor proprii. Spre exemplu, societăţile bancare sunt obligate aproape anual, prin reglementări ale BNR, să-şi majoreze capitalul social în funcţie de evoluţia inflaţiei (aceste societăţi trebuie, de altfel, să-şi menţină permanent capitalul social la un nivel minim stabilit periodic de BNR); acelaşi lucru se poate spune şi despre societăţile care acţionează pe piaţa valorilor mobiliare. I.M.M.-urile, pentru a avea succes pe piaţă, trebuie să poată rapid să se adapteze, schimbându-şi obiectul de activitate ori sediul în funcţie de cerinţele pieţei. Toate aceste probleme, a căror rezolvare ar trena foarte mult[1] dacă s-ar urma procedura normală de modificare a actelor constitutive prin decizia adunării generale extraordinare (care necesită îndeplinirea unor formalităţi de convocare, cvorum şi majoritate, publicitatea la Registrul Comerţului, eventuale acţiuni în anularea hotărârilor respective exercitate de acţionarii care le-ar considera nelegale sau nestatutare), pot fi soluţionate rapid şi eficient prin intermediul delegării exerciţiului acestor atribuţii la administraţie.

În legătură cu procedeul delegării exerciţiului unor atribuţii ale adunării generale extraordinare la administraţie se pun două ***probleme specifice***: dacă înfiinţarea unor sedii secundare (sucursale, puncte de lucru, agenţii, reprezentanţe) ale societăţii este de competenţa exclusivă a adunării generale extraordinare şi dacă exerciţiul acestei atribuţii poate fi delegat administraţiei; aceleaşi probleme referitoare la cumpărarea de către societate a propriilor acţiuni în conformitate cu art. 104 din lege (cazurile în care nu se aplică restricţiile prevăzute de art. 103 referitoare la această operaţiune).

---

[1] În cel mai fericit caz, într-o societate pe acţiuni cu mai mulţi acţionari, modificarea actelor constitutive poate dura 4 luni (incluzând formalităţile de convocare şi de publicitate la Registrul Comerţului şi la M.Of.). În cazul în care spre exemplu societatea intenţionează o majorare de capital social pentru a evita pericolul de a ajunge în încetare de plăţi, cum noile aporturi devin proprietatea societăţii doar după efectuarea menţiunii la Registrul Comerţului (art. 199 alin. 1, coroborat cu art. 65 alin. 1), înseamnă că în 4 luni dificultăţile financiare ale societăţii se pot agrava atât de mult, încât falimentul devine inevitabil.

Scanned with OKEN Scanner

a) Înfiinţarea de sucursale, puncte de lucru, agenţii, reprezentanţe poate implica sau nu modificarea actului constitutiv, după cum în actul constitutiv sunt prevăzute sau nu clauze referitoare la constituirea acestora odată cu societatea ori la condiţiile privind constituirea lor ulterioară (art. 7 lit. g şi art. 8 lit. e din lege)[1]. În situaţia în care nu există clauze în acest sens, înfiinţarea de sedii secundare reprezintă cazuri de modificare a actelor constitutive, cu toată procedura aferentă, atâta doar că legea, în art. 43, distinge între sucursală (care este un dezmembrământ în teritoriu al societăţii, neavând personalitate juridică) şi celelate sedii secundare (agenţii, reprezentanţe) dispunând că sucursala se înregistrează atât la sediul principal al societăţii-mamă, cât şi la sediul său propriu, în timp ce agenţiile şi reprezentanţele se menţionează numai în cadrul înmatriculării societăţii în registrul comerţului sediului principal (art. 43 alin. 4).

Dacă înfiinţarea de sedii secundare nu este un caz de modificare a actelor constitutive ***administraţia societăţii poate să decidă înfiinţarea de sedii secundare*** şi aceasta fără să fie nevoie de vreo delegare de atribuţii de la adunarea generală.

Astfel, conform art. 70 alin. 1, administratorii pot face toate operaţiunile cerute ***pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii***, afară de restricţiile arătate în actul constitutiv. Constituirea de sedii secundare nu este de atributul exclusiv al adunării generale decât dacă se decide astfel printr-o clauză expresă în actul constitutiv. Acest lucru rezultă din art. 111 (care nu prevede ca atribuţie a adunării generale ordinare constituirea de sedii secundare) şi din art.

---

[1] Pentru amănunte privind problema dacă înfiinţarea unei sucursale este sau nu un caz de modificare a actelor constitutive, sub reglementarea iniţială Vz. O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Societăţile comerciale*", ed. a II-a, 1996, Ed. Lumina lex, p. 261-263; de asemenea, O. CĂPĂŢÂNĂ, "*Înmatricularea unei sucursale. Universitate privată. Lipsa caracterului comercial*", în Dreptul nr. 9/1991, p. 66, nota a II-a la dec. nr. 248/22.03.1991 a Tribunalului Judeţean Cluj, nota I de Mihaela Elena Răchită.

Scanned with OKEN Scanner

113 lit. l (din care rezultă că adunarea generală extraordinară hotărăşte în oricare alt caz de modificare a actului constitutiv decât cele prevăzute la lit. a - k sau în oricare alt caz în care este cerută, prin lege sau prin actul constitutiv, aprobarea adunării generale extraordinare).

Fără îndoială că înfiinţarea unor sedii secundare, mai ales atunci când această înfiinţare a fost prevăzută în actul constitutiv, este un mod de "aducere la îndeplinire" a obiectului de activitate al societăţii, fiind vorba de o extindere pe o altă piaţă, internă sau externă, a activităţii societăţii ori de promovare a intereselor societăţii pe alte pieţe. Rezultă că, atunci când în actul constitutiv al societăţii nu este prevăzută atribuţia exclusivă a adunării generale de a înfiinţa sedii secundare, administraţia are această atribuţie, în virtutea art. 70 alin. 1 care consacră competenţa generală a administratorilor de a duce la îndeplinire obiectul de activitate al societăţii, restricţiile acestei capacităţi fiind excepţii de strictă interpretare. Tot în virtutea acestei capacităţi generice a administratorilor, aceştia pot decide şi constituirea de ***filiale*** ale societăţii (acestea sunt persoane juridice distincte de societatea mamă, independente juridic de aceasta, dar dependente economic), dacă, evident, acestea se înscriu în obiectul de activitate al societăţii şi nu este interzisă de actul constitutiv, fiind dată în competenţa exclusivă a adunării generale.

În cazul în care constituirea unor sucursale, agenţii, reprezentanţe, puncte de lucru etc., ***constituie şi cazuri de modificare a actelor constitutive*** (ipoteza în care în actul constitutiv nu se prevede constituirea unor astfel de sedii secundare ale societăţii) decizia aparţine acţionarilor, fiind vorba de introducerea în contractul de societate a unor noi clauze, deci, de modificarea pactului societar (art. 969 alin. 2 C. civ.), fapt ce nu poate fi în competenţa administratorilor, din moment ce nici art. 114 nu le conferă o astfel de competenţă (delegată de la adunarea generală). O altă soluţie ar duce la eludarea voinţei sociale (a acţionarilor). Sigur că, ulterior, după modificarea actului constitutiv în sensul posibilităţii so-

Scanned with OKEN Scanner

cietăţii de a-şi constitui sedii secundare, administraţia va fi cea care va putea îndeplini formalităţile presupuse de acest lucru.

b) Societatea pe acţiuni poate să-şi achiziţioneze propriile acţiuni prin procedura instituită în art. 103 - 104 din lege. Însă, în timp ce în art. 104 se reglementează cinci cazuri în care societatea pe acţiuni poate să achiziţioneze fără restricţii un număr determinat de acţiuni proprii, integral liberate, în art. 103 se instituie unele restricţii în ce priveşte o astfel de achiziţie.

Astfel, conform art. 103, societatea pe acţiuni poate să-şi achiziţioneze propriile acţiuni, direct sau prin intermediul unor comisionari, dacă sunt îndeplinite următoarele patru condiţii:

→ decizia de cumpărare a propriilor acţiuni de către societate trebuie luată exclusiv de către adunarea generală extraordinară, care va stabili modalităţile de dobândire, numărul maxim de acţiuni ce urmează a fi dobândite, contravaloarea lor maximă şi minimă şi perioada efectuării operaţiunii, care nu va putea depăşi 18 luni de la data publicării hotărârii adunării generale în Monitorul Oficial al României, partea a IV-a; este vorba, deci, de o procedură asemănătoare cu cea reglementată pentru modificările actului constitutiv;

→ valoarea acţiunilor proprii, dobândite de societate, inclusiv a celor aflate în portofoliul său, nu poate depăşi 10% din capitalul social subscris;

→ se pot dobândi numai acţiuni integral liberate şi numai în cazul în care capitalul social subscris este integral vărsat;

→ plata acestor acţiuni poate fi făcută doar din beneficiul distribuibil şi din rezervele disponibile ale societăţii (cu excepţia rezervelor legale) înscrise în ultimul bilanţ contabil aprobat.

Din punct de vedere contabil dacă acţiunile astfel dobândite sunt trecute în activul bilanţului, se va trece, la pasiv, o rezervă indisponibilă de aceeaşi valoare, care va fi menţinută până la cesiunea sau la anularea acestor acţiuni. Rezultă că, în acest caz special, confuziunea (stingerea unei creanţe - aşa cum este şi acţiunea - prin întrunirea în aceeaşi persoană a

Scanned with OKEN Scanner

calităţii de debitor şi creditor în acelaşi timp) nu operează automat, ci numai la momentul când societatea anulează aceste acţiuni, până la acest moment societatea putând cesiona aceste acţiuni. Desigur că, dacă societatea decide anularea acţiunilor astfel dobândite, consecinţa este reducerea capitalului social; incidenţa practică a unei astfel de achiziţii credem că este redusă, întrucât, în prezent, societatea este interesată mai degrabă să beneficieze de fonduri proprii cât mai importante, decât să-şi reducă obligaţiile faţă de acţionari. Reducerea capitalului social (ca urmare a răscumpărării propriilor acţiuni) înseamnă chiar o reducere a credibilităţii pe piaţă, care, evident, nu poate fi în interesul societăţii decât, probabil, atunci când capitalul social este prea mare pentru necesităţile societăţii şi se intenţionează evitarea procedurii de reducere a capitalului. O astfel de achiziţie ar fi utilă în ipoteza în care societatea, aflându-se în dificultate financiară care ameninţă să se tranforme în încetare de plăţi, este interesată în cooptarea unor noi acţionari care, prin participarea la majorarea capitalului social al societăţii, să ajute la mărirea fondurilor proprii ale societăţii pentru depăşirea dificultăţilor; mărirea capitalului social este, în aceste cazuri, precedată de o reducere de capital social, deci, de o reducere a participaţiilor acţionarilor iniţiali în favoarea acţionarului nou, care vine cu finanţarea şi, eventual cu un nou management (în doctrina franceză, acest tip de ranforsare a fondurilor proprii ale societăţii aflată în dificultate, este denumit sugestiv "coup d'acordeon"), scop în care poate fi folosit şi procedeul anulării a maxim 10% din acţiunile proprii după achiziţionarea lor de către societate.

În raportul de gestiune care însoţeşte bilanţul contabil legea impune să se insereze motivele care au determinat dobândirea de acţiuni proprii, numărul, valoarea nominală, contravaloarea acţiunilor dobândite şi fracţiunea de capital social pe care aceste acţiuni o reprezintă.

Acţiunile dobândite de societate în condiţiile restrictive arătate nu dau dreptul la dividende, iar drepturile de vot aferente

Scanned with OKEN Scanner

acestor acţiuni sunt suspendate pe toată perioada în care societatea le deţine (art. 107)[1], ceea ce confirmă aserţiunea de mai sus că stingerea (anularea) acţiunilor prin confuziune nu operează automat, ci în momentul în care societatea decide anularea lor. Într-adevăr, acţiunea este un drept de creanţă cu caracter complex contra societăţii (conţinând drepturi patrimoniale şi drepturi nepatrimoniale[2], dintre care dreptul la dividende[3] este cel mai important); acest drept este suprimat cât timp societatea deţine acţiunile proprii dobândite în condiţiile art. 103, iar drepturile de vot aferente sunt suspendate.

Conform art. 103 alin. 7, acţiunile dobândite de societatea care le-a emis cu încălcarea celor patru condiţii arătate trebuie înstrăinate în maxim 1 an de la data subscrierii lor printr-o modalitate care trebuie stabilită de adunarea generală extraordinară; acţiunile neînstrăinate în acest termen vor fi anulate, societatea trebuind să reducă, în mod corespunzător capitalul social. În mod paradoxal, acţiunile dobândite de societate cu încălcarea restricţiilor prevăzute de art. 103 se bucură de plenitudinea drepturilor aferente acestora, respectiv, dreptul la

---

[1] Art. 107 din lege, în forma dată la republicare este greşit redactat, pentru că nu mai face referire decât la art. 103 alin. 1-5, nu şi la art. 104-105, aşa cum, în mod corect, făcea referire O.U.G nr. 32/1997. Eliminarea, printre altele, a referirii făcută de art. 107 la art. 104, înseamnă că legea nu mai suprimă şi, respectiv, suspendă, dreptul la dividende şi dreptul de vot aferente acelor acţiuni achiziţionate de societate în condiţiile art. 104 (adică fără restricţiile impuse în art. 103) şi că, deci, este oprită stingerea (anularea) acţiunii, care este o creanţă asupra societăţii, prin confuziune, deşi societatea este şi creditor (are drept la dividende) şi debitor (este datoare să plătească dividende) în acelaşi timp.

[2] Este vorba, spre exemplu, de dreptul de vot în adunarea generală, de a alege şi a fi ales etc.; este un drept care nu se exercită contra societăţii, fiindcă este personal-nepatrimonial, deci destul de greu de calificat ca un drept ce face parte dintr-un drept de creanţă.

[3] Dreptul la dividende, câtă vreme societatea nu a decis să-l distribuie acţionarilor, este un drept eventual, incert atât sub raportul existenţei sale (societatea poate să aibă beneficii sau nu), cât şi sub aspectul întinderii sale (beneficiul societăţii poate fi mai mare sau mai mic după cum activitatea sa este mai mult sau mai puţin rentabilă). Din acest motiv în doctrină (Y. GUYON, *op.cit.*, 8e edition, 1994, p. 92) aportul de capital social într-o societate a fost calificat drept ***contract aleatoriu***.

Scanned with OKEN Scanner

dividende aferent nu e suspendat, pentru că art. 107 nu se referă decât la primele 5 alineate ale art. 103, nu şi la alineatul 7 al acestui articol. Credem că este o simplă inadvertenţă a legiuitorului, pentru că, tocmai în cazul în care societatea nu îndeplineşte condiţiile restrictive de dobândire a propriilor acţiuni este mai deplin justificată suprimarea ori suspendarea dividendelor, respectiv, a drepturilor de vot aferente.

Conform art. 104 din lege, cele 4 condiţii restrictive impuse de art. 103 societăţii care intenţionează să-şi achiziţioneze propriile acţiuni ***nu sunt aplicabile*** în următoarele 5 situaţi:

→ când acţiunile proprii sunt cumpărate cu scopul de a reduce capitalul social, (prin anularea unui număr de acţiuni proprii de o valoare corespunzătoare reducerii); conform art. 202 lit. c, capitalul social poate fi redus şi prin dobândirea de către societate a propriilor acţiuni, urmate de anularea lor (art. 104 lit. a);

→ când acţiunile proprii sunt cumpărate pentru cesionarea către personalul societăţii a unui număr de acţiuni proprii, în limitele şi în condiţiile aprobate de adunarea generală a acţionarilor şi cu condiţia ca operaţiunea de cesionare să nu depăşească un an de la publicarea hotărârii în Monitorul Oficial (art. 104 lit. h);

→ când acţiunile proprii sunt dobândite prin efectul succesiunii universale sau al fuziunii ori al unei hotărâri judecătoreşti pronunţată într-o procedură de urmărire silită împotriva unui debitor al societăţii (este vorba, evident, de un debitor al societăţii care este, în acelaşi timp, şi acţionar al societăţii, iar societatea, în calitate de creditor-urmăritor a dobândit silit, în contul datoriei, acţiunile proprii deţinute iniţial de debitorul său);

→ când acţiunile proprii au fost dobândite de către societate cu titlu gratuit (art. 104 lit. d);

→ când acţiunile proprii au fost dobândite de societate în scopul regularizării cursului acţiunilor proprii pe piaţa bursieră sau pe piaţa organizată extrabursieră, dar, în acest caz, numai cu avizul CNVM (art. 104 lit. e).

Scanned with OKEN Scanner

Aşa cum s-a arătat, una din condiţiile restrictive puse de art. 103 ca societatea să-şi poată dobândi acţiunile proprii este şi aceea ca decizia în acest sens să fie luată exclusiv de adunarea generală extraordinară. Se observă, însă că, cu excepţia cazului de la art. 104 lit. b (acţiunile sunt cumpărate în vederea cesionării acestora către propriii salariaţi ai societăţii) nu se cere decizia adunării generale pentru cumpărarea acţiunilor proprii de către societate, în cazurile prevăzute de art. 104. Cum o astfel de decizie nu e de competenţa exclusivă a adunării generale şi cum administratorul are dreptul să efectueze orice operaţiune necesară aducerii la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii (art. 70 alin. 1 din lege), înseamnă că administratorul este cel competent să efectueze operaţiunile de cumpărare a acţiunilor proprii ale societăţii, în cazurile arătate, în care restricţiile prevăzute la art.103 nu sunt aplicabile. Aceasta deoarece astfel de operaţiuni pot fi considerate ca fiind necesare pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii.

Pe de altă parte considerente de oportunitate impun această soluţie: numai astfel se poate asigura secretul economic al operaţiunii, evitarea riscului devalorizării propriilor acţiuni. Când societatea este cotată pe o piaţă bursieră sau extrabursieră, avizul CNVM pentru răscumpărarea acţiunilor proprii de către societate în vederea regularizării cursului acestora este obligatoriu, dar acest aviz este dat în condiţii de confidenţialitate.

Deşi legea nu prevede un echivalent al procedurii reglementate în art. 103 - 107 şi pentru societăţile de persoane şi societăţile cu răspundere limitată, nimic nu se opune ca şi aceste societăţi să-şi achiziţioneze propriile părţi sociale; părţile sociale, ca şi acţiunile, fiind creanţe asupra societăţii, efectul normal al achiziţionării lor de către societate este stingerea (anularea) lor prin confuziune, cu consecinţa reducerii capitalului social. O astfel de achiziţionare s-ar putea dovedi utilă spre exemplu, pentru a evita procedura de reducere a capitalului social prevăzută la art. 202 - 203, sau, în

Scanned with OKEN Scanner

cazul unei fuziuni prin absorbţie, pentru ca societatea absorbantă să-şi menţină capitalul social neschimbat, atunci când asociaţii societăţii absorbite, nedorind să fie asociaţi şi în societatea absorbantă, îşi cesionează părţile sociale nu către asociaţii societăţii absorbante, ci chiar către societatea absorbantă (ceea ce înseamnă că efectul normal al fuziunii prin absorbţie - mărirea capitalului social al societăţii absorbante cu capitalul social al societăţii absorbite - nu se mai produce, pentru că, prin anularea părţilor sociale, achiziţionate de societatea absorbantă, capitalul societăţii absorbite se anulează şi el).

Evident că şi în aceste societăţi, reducerea capitalului social (consecinţă a anulării părţilor sociale ca urmare a răscumpărării) înseamnă reducerea credibilităţii pe piaţă a societăţii. Iar prin răscumpărare nu se poate reduce capitalul social sub minimul legal (2 milioane în societatea cu răspundere limitată; 25 milioane în societatea pe acţiuni), pentru că altfel s-ar ajunge la dizolvarea de drept a societăţii.

Răscumpărarea propriilor părţi sociale este posibilă şi în celelalte tipuri de societăţi şi datorită faptului că reglementarea răscumpărării acţiunilor este o excepţie de la regula că orice societate îşi poate răscumpăra părţile sociale: acestea sunt creanţe, şi orice creanţă poate fi cesionată, inclusiv de către cel ţinut (obligat) să execute această creanţă, în cazul de faţă societatea. Restricţiile prevăzute pentru răscumpărarea acţiunilor se justifică pe considerentul că societatea pe acţiuni este o societate de capitaluri, adică o societate, în principiu, deschisă participării oricărui interesat la formarea capitalului social.

2.3.5. Limitele atribuţiilor (puterilor) administratorilor. Efectele depăşirii acestor limite.

A. Dreptul comun

Puterile administratorilor sunt limitate în primul rând, de obiectul de activitate al societăţii şi de unele dispoziţii legale speciale (exemplu: nu pot tranzacţiona cu bunuri sociale care

Scanned with OKEN Scanner

depăşesc valoarea a 50% din patrimoniul social, fără acordul adunării generale) însă puterile administratorilor sunt limitate, obiectiv, şi de ierarhia structurii de organizare a societăţii şi de interesul social, după cum pot fi limitate prin actul constitutiv, prin decizii ale adunării generale a asociaţilor sau chiar prin decizii ale Consiliului de Administraţie. În acest sens trebuie înţeles art. 70 alin.1 din lege, după care administratorul poate face orice operaţiune necesară pentru a aduce la îndeplinire obiectul de activitate al societăţii, afară de restricţiile arătate în actul constitutiv (restricţiile fiind limite ale puterilor administratorilor).

În dreptul comun, ***actele juridice*** încheiate de mandatar cu depăşirea împuternicirii primite nu obligă pe mandant, dacă acesta nu le-a ratificat expres sau tacit (art. 1546 C.civ.), aceste acte juridice fiind inopozabile mandantului, ca *res inter alios acta*[1]. Ratificarea valorează mandat (*ratihabitio mandatur aequiparatur*); în lipsa ratificării, actele juridice încheiate de mandatar cu depăşirea împuternicirii date de mandant nu-l obligă pe acesta din urmă decât în condiţiile mandatului aparent[2] sau ale îmbogăţirii fără just temei a mandantului[3]. În ce priveşte ***faptele juridice*** (licite sau ilicite) săvârşite de mandatar în exercitarea atribuţiilor sale, pentru

---

[1] Vz., în acelaşi sens, ST. D. CĂRPENARU, *Drept comercial român*, Ed. ALL, 1998, Bucureşti, p.124.

[2] În cazul mandatului aparent, deşi nu există voinţa mandantului de a fi reprezentat (mandatarul a depăşit împuternicirea, mandatul a încetat sau n-a existat în realitate) terţii contractează cu ideea greşită, dar scuzabilă şi legitimă (în comercial, această eroare nu trebuie să fie comună, invincibilă, ci este suficient să fie scuzabilă) că mandatarul aparent are putere de reprezentare, fapt care justifică valabilitatea, şi deci producerea efectelor actelor juridice încheiate de mandatarul aparent, direct în patrimoniul mandatarului. Vz. FR. DEAK, ST.D.CĂRPENARU, *"Contracte civile şi comerciale"*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1993, "Mandatul civil", p. 140.

[3] În acest caz, în temeiul lui *actio de in rem verso*, mandantul va putea fi acţionat numai în limita îmbogăţirii sale, iar dacă sunt îndeplinite condiţiile unei gestiuni de afaceri, mandantul va fi obligat de actele încheiate de mandatar cu depăşirea împuternicirii numai dacă se va dovedi utilitatea actelor încheiate astfel pentru mandant (art. 987 C.civ.).

Scanned with OKEN Scanner

mandant nu va putea rezulta nici o obligaţie din aceste fapte juridice pentru că "nu este îndatorat pentru tot ceea ce mandatarul ar fi făcut afară din limitele puterilor sale" (art. 1546 alin.2 C.civ.), cel puţin faptele juridice ilicite astfel săvârşite fiind "afară din limitele puterilor" mandatarului, pentru că este greu de presupus că mandantul ar putea da împuternicire pentru săvârşirea de fapte ilicite (de altfel, mandatul civil are ca obiect încheierea de acte juridice şi nu săvârşirea de fapte juridice, licite sau ilicite). Numai în cazul în care din mandat ar rezulta un raport de prepuşenie între mandant şi mandatar, dat fiind faptul că mandatarul a acceptat să îşi desfăşoare activitatea sub directa autoritate, îndrumare, control şi supraveghere a mandantului[1], deşi este greu de admis un astfel de raport de prepuşenie[2], s-ar putea angaja răspunderea mandantului pentru asemenea fapte, în calitate de comitent, pe temeiul art. 1000 alin.3 C.civ.

Acesta este, în esenţă, regimul juridic de drept comun al efectelor depăşirii limitelor mandatului şi are, evident, aplicabilitate, cu titlu de drept comun şi în ce priveşte depăşirea limitelor împuternicirii (atribuţiilor) administratorului societăţii comerciale. Dat fiind, însă, specificul societăţilor comerciale şi al funcţiei administratorului (care se află, în raporturile cu societatea, pe poziţia unui mandatar cu drepturi şi obligaţii complexe, contractuale şi legale), legea instituie un regim special completator şi pe alocuri derogator de la dreptul comun, consacrând o mai mare restrângere a cazurilor în care societatea ar putea pretinde că actele sau faptele juridice ale administratorilor, săvârşite în exerciţiul funcţiilor încredinţate, dar cu depăşirea puterilor acordate, i-ar fi inopozabile (societăţii) şi că, deci, nu i-ar crea nici o obligaţie. Aşa cum administratorul nu e un simplu mandatar (pentru că are o serie de drepturi şi obligaţii conferite de lege), nici societatea

---

[1] Pentru această idee, Vz. C.STĂTESCU, C.BÎRSAN, *"Teoria generală a obligaţiilor"*, Bucureşti, 1992, p. 227.

[2] Vz. pentru această opinie, FR. DEAK, ST.D.CĂRPENARU, *op.cit.*, p.151, nota 5 subsol.

Scanned with OKEN Scanner

nu este un simplu mandant, interesele acesteia putând fi, uneori, sacrificate, în favoarea intereselor terţilor (în special, consumatorii produselor şi serviciilor oferite de societate).

B. Reguli specifice

B.1. Limitări prevăzute de lege

a) Limitări impuse de obiectul de activitate al societăţii

Persoana juridică are o ***capacitate de folosinţă limitată***: ea nu poate avea decât acele drepturi care corespund scopului său stabilit prin lege sau prin actul constitutiv; orice act juridic care nu este făcut în vederea realizării acestui scop este nul absolut (art. 34 din Decretul nr. 31/1954 privind persoanele fizice şi juridice). În teoria dreptului civil, acest principiu este denumit ***principiul specialităţii capacităţii de folosinţă*** a persoanei juridice şi încălcarea sa este analizată ca un caz de nulitate absolută a actului juridic[1]. Persoana juridică îşi exercită drepturile şi îşi îndeplineşte obligaţiile prin organele sale: actele juridice făcute de organele persoanei juridice în limitele puterilor ce le-au fost conferite[2], sunt actele persoanei juridice însăşi; faptele licite sau ilicite săvârşite de organele sale obligă însăşi persoana juridică, dacă au fost îndeplinite cu prilejul exercitării funcţiei lor[3] (art. 35 din Decretul nr. 31/1954).

Societatea comercială fiind persoană juridică (art. 1 alin. 2 din Legea nr. 31/1990) este supusă, în principiu, aceleiaşi limitări a capacităţii de folosinţă instituită prin art. 34 din Decretul nr. 31/1954 pentru orice persoană juridică.

---

[1] Vz. pt. amănunte: A. POP, GH. BELEIU, "*Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*", Universitatea Bucureşti, 1980, p. 362-365; T.POP, "*Drept civil. Teoria generală*", Ed. Lumina Lex, 1993, p. 188; GABRIEL BOROI, "*Drept civil. Teoria generală*", Ed. All, 1997, p. 183.

[2] În cazul depăşirii acestor limite se aplică regulile de la mandat referitoare la ratificare, mandat aparent etc.

[3] Pt. amănunte privind răspunderea civilă delictuală a persoanei juridice pentru fapta proprie, Vz. C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, "*Teoria generală a obligaţiilor*", Ed. All, 1992, p. 195-198.

Scanned with OKEN Scanner

Dar societatea comercială este un comerciant (art. 7 C.com.) care se constituie ca atare "în vederea efectuării de acte (fapte) de comerţ" (art. 1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990).

"Scopul" acestei persoane juridice este mai larg decât obiectul său de activitate (stabilit ca atare în actul constitutiv). Actele sau faptele de comerţ la care se referă art. 1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 sunt cele prevăzute în art. 3-4 C.com. precum şi cele reglementate prin legi speciale (spre exemplu: operaţiuni cu valori mobiliare, leasing, factoring, franchising etc.).

Aceste acte sau fapte de comerţ pot fi săvârşite, în sistemul legislaţiei comerciale româneşti, de orice persoană şi implicit (dar mai ales) de către societăţile comerciale care reprezintă categoria cea mai largă şi mai importantă de comercianţi. Astfel, conform art. 9 C.com. orice persoană care, într-un chip accidental, face o operaţiune de comerţ, este supusă legilor şi jurisdicţiei comerciale pentru raporturile juridice generate de această operaţiune ocazională, fără să devină automat comerciant prin simpla săvârşire a acestei operaţiuni[1]. Societatea comercială, pentru a putea săvârşi în ***mod obişnuit*** operaţiunea (ocazională) respectivă, trebuie să o includă în obiectul său de activitate printr-o operaţiune de modificare a actului constitutiv.

Pe de altă parte, art. 34 alin. 2 declară nule acele acte juridice ale persoanei juridice care nu sunt făcute în vederea realizării scopului său legal sau statutar. Dar societatea comercială în exerciţiul activităţii sale săvârşeşte nu numai acte juridice, ci şi ***fapte juridice*** şi ***operaţiuni materiale*** (de altfel, putem observa că cele mai multe "fapte de comerţ" enumerate în art. 3 C.com. nu sunt acte juridice, ci fapte juridice sau operaţiuni materiale, cum ar fi întreprinderea), acestea fiind circumscrise nu de principiul specialităţii capacităţii de folosinţă (nule pot fi numai actele juridice, nu şi faptele juridice) ci

[1] Pentru a deveni comerciant, persoana în cauză (persoana fizică) trebuie să săvârşească operaţiunile comerciale respective cu titlu de profesiune, pe risc economic propriu (art. 7 C.com.).

Scanned with OKEN Scanner

de principiul înscris în art. 1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990, conform căruia societăţile comerciale se constituie pentru a efectua acte şi fapte de comerţ. Iar actul juridic făcut "în vederea realizării scopului" societăţii poate fi şi unul adiacent obiectului de activitate al societăţii, fiind comercial fie datorită accesorialităţii sale faţă de faptele de comerţ ale societăţii, fie datorită prezumţiei de comercialitate instituită în art. 4 C.com. (e vorba de aşa numitele "fapte de comerţ subiective").

Din cele arătate rezultă că principiul specialităţii capacităţii de folosinţă are o conotaţie specifică, mai largă, în ce priveşte societăţile comerciale. Societatea comercială are o capacitate de folosinţă limitată, în primul rând, de obiectul de activitate general (scopul) al societăţilor comerciale stabilit prin art. 1 alin. 1 din Legea nr. 31/1990, adică efectuarea de acte şi fapte de comerţ[1], şi apoi de obiectul său de activitate propriu-zis, adică de cel precizat în contractul de societate. Dar societatea comercială poate săvârşi, ***cu titlu ocazional***, operaţiuni ce nu sunt prevăzute în actul constitutiv ca obiect de activitate al societăţii, cum ar fi: fidejusiuni, împrumuturi, giruri cambiale[2],

---

[1] Unele legi speciale reglementează societăţi comerciale care pot avea ca obiect de activitate şi operaţiuni civile, nu numai operaţiuni comerciale. Exemple: societatea comercială agricolă, societatea imobiliară pentru comerţ şi industrie, societăţi de construcţii care pot să vândă sau să închirieze imobilele construite, societăţi concesionare ale unor zăcăminte de ţiţei sau de gaze etc.

[2] Conform Legii bancare nr. 58/1998, împrumuturile de fonduri băneşti reprezintă monopol bancar; de aceea, o societate comercială care nu este bancă sau o altă instituţie de credit nu poate să-şi prevadă ca obiect de activitate împrumuturi de fonduri băneşti.

Astfel de operaţiuni ocazionale se pot dovedi însă utile mai ales în cadrul grupului de societăţi; fiind dependente economic între ele, aceste societăţi au nevoie uneori să se sprijine reciproc cu fonduri sau cu garanţii. Aceste operaţiuni sunt, însă, îngreunate de principiul specialităţii capacităţii de folosinţă şi de principiul monopolului bancar asupra împrumuturilor băneşti.

Câtă vreme aceste operaţiuni rămân ocazionale, nici unul dintre cele două principii nu e încălcat.

Pentru o fundamentare teoretică a împrumuturilor între societăţile din cadrul unui grup, Vz. CĂTĂLIN PREDOIU, "*Operaţiunile de creditare în cadrul grupului de societăţi* ", în RDC nr. 6/1996, p. 97-105.

Scanned with OKEN Scanner

asociaţii în participaţiune, plasamentul fondurilor proprii în valori mobiliare sau efecte de comerţ, etc. În cazul în care aceste operaţiuni îşi pierd caracterul ocazional, evident că societatea comercială trebuie să-şi modifice actul constitutiv, incluzând aceste activităţi în obiectul său de activitate, pentru a se elimina incertitudinea reieşită din caracterul ocazional al acelor operaţiuni comerciale.

Există, de asemenea, unele situaţii speciale în care se poate afla o societate comercială şi care duc, şi acestea, la limitarea capacităţii de folosinţă sau de exerciţiu a societăţii. Câteva exemple sunt edificatoare în acest sens:

→ ***suspendarea activităţii societăţii***, autorizată de Registrul Comerţului, este un caz de autolimitare a capacităţii de exerciţiu a societăţii care continuă să existe, dar care nu mai activează (temporar); art. 69 din Normele metodologice de ţinere a Registrului Comerţului şi de efectuare a înregistrărilor (norme comune Ministerului Justiţiei şi Camerei de Comerţ şi Industrie, publicate în Monitorul Oficial nr. 176 din 11.05.1998) dispune că suspendarea activităţii firmei nu poate dura mai mult de 3 ani de la anunţarea acesteia la Registrul Comerţului şi la organele fiscale; depăşirea celor 3 ani atrage dizolvarea judecătorească a firmei şi radierea sa conform art. 232 alin. 2 din lege;

→ ***dizolvarea societăţii*** este o limitare a capacităţii de folosinţă a societăţii mai accentuată decât cea dată de obiectul de activitate, fiind, de altfel, chiar o limitare a obiectului de activitate. Astfel, societatea care a intrat în dizolvare nu mai poate face operaţiuni noi, administratorii care ar efectua operaţiuni noi în numele societăţii după ce aceasta a intrat în dizolvare devenind solidar răspunzători pentru operaţiunile noi întreprinse (art. 228 alin. 2 din lege), cu toate că societatea îşi păstrează şi în caz de dizolvare o personalitate juridică limitată la operaţiunile lichidării (art. 228 alin. 4).

Dar sancţiunea efectuării operaţiunii noi nu este, aşa cum se poate observa, nulitatea actului astfel încheiat, ci răspunderea administratorilor, după regulile depăşirii limitelor obiectului de activitate;

Scanned with OKEN Scanner

→ ***lichidarea societăţii*** transformă obiectul iniţial de activitate al societăţii, într-un obiectiv nou - realizarea funcţiilor lichidării (acoperirea pasivului social şi repartizarea între acţionari a activului rămas după lichidare).

Aşa cum rezultă din art. 35 alin. 1 din Decretul nr. 31/1954, capacitatea de exerciţiu a societăţii comerciale se exprimă prin "organele" sale, adică prin administratori. Aceasta înseamnă că administratorii îşi văd limitat mandatul de toate limitele arătate ale capacităţii de folosinţă sau de exerciţiu ale societăţii comerciale, căci, conform art. 35 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954, actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în ***limitele puterilor ce le-au fost conferite*** sunt actele persoanei juridice însăşi, iar faptele licite sau ilicite săvârşite de organele sale obligă însăşi persoana juridică, dacă au fost săvârşite cu ***prilejul exercitării funcţiei lor***. Administratorul nu poate să aibă mai multe drepturi ori să-şi asume mai multe obligaţii decât societatea pe care o administrează. Dacă îşi depăşeşte mandatul, el îşi angajează propria răspundere.[1]

Regimul juridic al depăşirii de către administrator a limitelor capacităţii de folosinţă sau de exerciţiu a societăţii este, în principiu, cel aplicabil conform dreptului comun, depăşirii limitelor mandatului. Există însă unele reguli specifice, introduse în Legea nr. 31/1990, prin O.U.G. nr. 32/1997 şi preluate din legislaţia franceză. Este vorba, în special, de art. 55 alin. 1 din lege, dar şi de art. 50 - 51.

Art. 70 alin. 1 din lege dispune că administratorul este competent să facă toate operaţiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societăţii, afară de

---

[1] Fostul art. 123 alin. 3 din C.com. dispunea, în ce priveşte administratorii societăţii anonime, că aceştia nu pot să facă alte operaţiuni decât acelea care sunt expres menţionate în actul constitutiv, în caz de abatere (depăşirea limitelor obiectului social, n.n., G.P.) fiind răspunzători, atât către terţi, cât şi către societate. În doctrină se statuase că, dacă administratorii depăşesc limitele obiectului social, ei sunt trataţi ca orice mandatar care depăşeşte însărcinarea sa: actele astfel încheiate nu obligă societatea, ci angajează răspunderea administratorilor după dreptul comun, faţă de terţi şi faţă de societate pentru pagubele pricinuite. Vz. *C.com. adn.*, p. 184, n.2.

Scanned with OKEN Scanner

restricţiile arătate în contractul de societate. Operaţiunile făcute de administrator dincolo de limitele obiectului de activitate al societăţii ar trebui să fie considerate ***nule absolut***, potrivit dreptului comun. Restituirea prestaţiilor efectuate în baza unui contract nul (*restitutio in integrum*) este o răspundere delictuală şi nu contractuală, fiind o aplicaţie a principiului restituirii plăţii nedatorate (art. 993 - 994 C.civ.) şi, de aceea, ar fi posibilă o acţiune contra societăţii pe temeiul răspunderii pentru fapta proprie, creditorul obligaţiei de restituire având opţiunea între această răspundere şi răspunderea administratorului. Numai că, întrucât administratorul şi-a depăşit limitele împuternicirii încredinţate, societatea ar putea invoca inopozabilitatea unei astfel de obligaţii în ce o priveşte.

Pe de altă parte, pentru faptele juridice ilicite săvârşite de administrator cu prilejul exercitării funcţiei încredinţate este admisibilă introducerea unei acţiuni în răspundere civilă delictuală concomitent contra societăţii şi contra administratorului (art. 35 alin. final din Decretul nr. 31/1954).[1]

Conform art. 55 alin. 1 din lege, în raporturile cu terţii, societatea pe acţiuni, în comandită pe acţiuni sau cu răspundere limitată este angajată prin actele organelor sale chiar dacă acestea depăşesc obiectul de activitate, în afară de cazul în care ea dovedeşte că terţii cunoşteau sau, în împrejurările date, trebuiau să cunoască depăşirea acestuia; publicarea actului constitutiv nu poate constitui, singură, dovada cunoaşterii.

[1] În doctrină (Vz. F. BAIAS, S. DAVID, *lucr. cit.*, Dreptul, p. 22) s-a arătat că textul art. 35 alin. final din Decretul nr. 31/1954 nu e concordant cu art. 73 alin. final (fost art. 43 alin. final) din Legea nr. 31/1990, conform căruia terţii creditori ai societăţii nu pot acţiona în răspundere pe administratori decât în caz de faliment al societăţii. Corelând, însă, dispoziţiile art. 70 alin. 1 cu dispoziţiile art. 73 alin. final din lege rezultă că acţiunea în răspundere contra administratorului exercitată de creditorii sociali este suspendată până la falimentul societăţii, numai dacă administratorul a acţionat în limitele obiectului social, nu şi atunci când a depăşit aceste limite, când, de altfel, acesta este chemat să răspundă personal, atât faţă de terţi, cât şi faţă de societate pentru acoperirea pagubei pricinuite prin fapta sa ilicită. De aceea nu credem că cele două texte (art. 35 alin. final, Decretul nr. 31/1954 şi art. 73 alin. final din lege) s-ar contrazice.

Scanned with OKEN Scanner

Rezultă că, în cele trei tipuri de societate, actele juridice ale administratorului făcute cu depăşirea obiectului de activitate sunt valabile şi opozabile societăţii de către terţii cocontractanţi de bună credinţă, ceea ce reprezintă o ***excepţie importantă, specifică acestor societăţi, de la principiul specialităţii capacităţii de folosinţă a persoanei juridice***. Dacă societatea dovedeşte că terţul cocontractant ştia sau trebuia să ştie că administratorul depăşeşte obiectul social, societatea nu mai este obligată de actul respectiv (acesta fiindu-i inopozabil), dar ***actul rămâne valabil***, angajând răspunderea directă contractuală a administratorului. Astfel, securitatea terţilor în aceste cazuri este asigurată cu maximum de eficacitate, uneori chiar în detrimentul societăţii sau al asociaţilor (acţionarilor). Societatea îşi vede angajată răspunderea prin actele semnate de administratorii săi, chiar dacă acestea depăşesc limitele obiectului social. Sancţiunea ce intervine în cazul depăşirii obiectului social nu este nulitatea actului (sau inopozabilitatea sa faţă de societate, când aceasta ar dovedi cunoaşterea de către terţi a limitelor obiectului social), ci ***răspunderea personală a administratorului care şi-a depăşit atribuţiile***.[1]

În schimb, în societăţile de persoane în cazul depăşirii limitelor obiectului social, actul juridic încheiat în asemenea condiţii nu angajează societatea, ci numai răspunderea personală a administratorului în cauză; amploarea riscurilor la care sunt supuşi asociaţii în aceste societăţi (care au o răspundere nelimitată şi solidară pentru datoriile sociale) justifică protecţia acestor asociaţi faţă de consecinţele nefaste ale unor acte juridice încheiate în astfel de condiţii de administratori.

În dreptul nostru, problema ar fi trebuit să fie tratată la fel, pentru orice tip de societate, întrucât orice formă de societate beneficiază de personalitate juridică deplină, având patrimoniu propriu, distinct de cel al asociaţilor. În dreptul francez,

[1] Vz., pt. dreptul francez, A. VIANDIER, M. COZIAN, *op.cit.*, p. 1, 3, unde se aplică acelaşi regim juridic situaţiei analizate; acest regim juridic a fost preluat în legislaţia noastră prin modificările introduse în Legea nr. 31/1990 prin O.U.G. nr. 32/1997.

Scanned with OKEN Scanner

separarea regimului juridic al celor două tipuri de societăţi (societăţile de persoane, pe de o parte şi societăţile de capitaluri şi societatea cu răspundere limitată, pe de altă parte) este justificată întrucât societăţile de persoane nu au o personalitate juridică propriu-zisă: din punct de vedere fiscal nu sunt persoane juridice, întrucât sunt impozitaţi direct asociaţii cu răspundere nelimitată şi nu societatea[1], asociaţi care, de altfel, sunt ei înşişi comercianţi sau trebuie să devină comercianţi prin constituirea unei societăţi de persoane (la francezi, societăţile în nume colectiv, de exemplu, sunt obligatoriu societăţi între comercianţi).

Urmează, astfel, să admitem că, în ce priveşte societăţile de persoane, care au personalitate juridică deplină în dreptul nostru, actele şi operaţiunile juridice făcute de administratori cu depăşirea limitelor obiectului de activitate sunt ***nule absolut***, în virtutea principiului specialităţii capacităţii de folosinţă a persoanei juridice. Rigoarea acestui principiu este, totuşi, atenuată, întrucât, conform art. 78 din lege, dacă un administrator ia iniţiativa unei operaţiuni care depăşeşte limitele ***operaţiunilor obişnuite*** comerţului pe care îl exercită societatea (şi nu însuşi scopul, obiectul de activitate al societăţii - n.n., G.P.), acesta trebuie să înştiinţeze pe ceilalţi administratori, înainte de a o încheia, sub sancţiunea suportării pierderilor ce ar rezulta din aceasta; în cazul în care vreun administrator se opune la o astfel de operaţiune, asociaţii sunt cei ce decid, în condiţiile unei majorităţi absolute a capitalului social (aceştia putând să ratifice sau nu operaţiunea deja încheiată ori să decidă neîncheierea operaţiunii). Operaţiunea încheiată în contra opoziţiei făcute este valabilă faţă de terţii cărora nu li se va fi comunicat această opoziţie. Rezultă că operaţiunea încheiată cu depăşirea limitelor comerţului obişnuit al societăţii şi în contra opoziţiei făcute de ceilalţi administratori este ***valabilă***, faţă de terţii contractanţi care nu aveau cunoştinţă de opoziţia făcută. Faţă de terţii cărora li se

[1] Este vorba de aşa-numita "transparenţă fiscală".

Scanned with OKEN Scanner

va fi comunicat opoziţia administratorilor la încheierea de către unul dintre ei a acelei operaţiuni, operaţiunea este nulă, nevalabilă, şi nu doar inopozabilă societăţii. În ambele cazuri, însă, societatea nu e ţinută să suporte pierderile rezultate din operaţiune (cu excepţia cazului în care asociaţii au ratificat-o); răspunderea pentru aceste obligaţii revine personal administratorului ca o sancţiune a faptului că nu a înştiinţat pe ceilalţi administratori sau a trecut peste opoziţia acestora, încheind o operaţiune care depăşeşte limitele operaţiunilor obişnuite comerţului societăţii.

b) Limitări rezultând din prevederi speciale ale legii

În societăţile ***în nume colectiv***, dacă un administrator ia iniţiativa unei operaţii care depăşeşte limitele operaţiilor obişnuite comerţului pe care îl exercită societatea, acel administrator trebuie să-i înştiinţeze şi pe ceilalţi administratori, înainte de a o încheia, ***sub sancţiunea suportării pierderilor ce ar rezulta din aceasta*** (art. 78 alin.1). În caz de opoziţie a vreunuia dintre administratori, vor decide asociaţii care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social, iar dacă operaţiunea se încheie în contra unei astfel de opoziţii, această operaţiune va fi valabilă faţă de acei terţi cărora nu li se va fi comunicat această opoziţie (art. 78 alin.2 şi 3). Rezultă că pentru operaţiuni neobişnuite (ce depăşesc, deci, limitele comerţului obişnuit al societăţii, cum ar fi vânzarea unei mari părţi din activul social), societatea nu va fi ţinută de pierderile ce ar rezulta din operaţiunile respective (şi care cad în sarcina celui ce a luat această iniţiativă), dacă nu au fost înştiinţaţi şi ceilalţi administratori; obligaţiile rezultate din această operaţiune sunt, însă, valabile şi opozabile societăţii de către acei terţi cărora nu li se va fi comunicat opoziţia, iar beneficiile care ar rezulta din operaţiune se cuvin societăţii, ca stăpân al afacerii.

Legea nu are în vedere, însă, şi situaţia mai frecventă în care un administrator ar lua iniţiativa unei operaţiuni obişnuite pentru comerţul societăţii (şi care nu reclamă urgenţă, pentru că atunci s-ar aplica art. 76 alin. final) şi când în contractul de societate nu s-ar fi statuat ca administratorii să lucreze îm-

Scanned with OKEN Scanner

preună. în această situaţie, credem că trebuie să se aplice regula din art. 389 alin. 1 C.com., conform căreia, dacă sunt numiţi mai mulţi mandatari prin acelaşi act, fără să se arate că trebuie să lucreze împreună, ei vor putea lucra separat, deci o astfel de operaţiune va fi valabilă fără să fie nevoie să fie adusă la cunoştinţa celorlalţi administratori[1].

În societăţile ***pe acţiuni***, conform art. 143 administratorii nu pot să încheie acte juridice prin care să dobândească, să închirieze, să înstrăineze, să schimbe sau să constituie în garanţie bunuri din patrimoniul societăţii a căror valoare depăşeşte jumătate din valoarea contabilă a activelor sociale[2] la data încheierii actului juridic, decât cu aprobarea adunării generale extraordinare a acţionarilor. Sancţiunea în cazul lipsei aprobării adunării generale extraordinare este nulitatea absolută[3] a actului, indiferent dacă terţul contractant a cunoscut sau nu că nu există aprobarea, pentru că, fiind vorba de o dispoziţie legală (imperativă) terţul trebuia să pretindă, la încheierea actului juridic respectiv, dovada aprobării. De altfel, din redactarea textului de lege citat, rezultă că aprobarea este o condiţie

---

[1] Vz. în acelaşi sens, O.CĂPĂŢÂNĂ, *op. cit.*, p. 331.

[2] În redactarea iniţială a art. 143 din lege, apăreau dificultăţi de interpretare, deoarece textul se referea doar la dobândirea (nu şi la vinderea, închirierea, schimbul etc.) unor bunuri destinate a servi în mod durabil exploatării obiectului societăţii, iar procentul - limita (de 10%, actualmente fiind de 50%) de valoare până la care se puteau încheia astfel de acte juridice de către administratori fără restricţii se referea la capitalul social. În doctrină (O. CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit.*, p.335) s-a spus, în mod just că limitarea trebuie să fie aplicabilă tuturor actelor juridice care ar depăşi această valoare (10% din activul social) şi că noţiunea de "capital social" din acest text trebuie luată în sens de activ net contabil, nu de valoare totalizată a aporturilor acţionarilor (ION BĂCANU, în RDC nr. 5/1995, "*Reducerea capitalului social al societăţilor comerciale*", p. 22 şi urm.).

[3] Nulitatea poate fi totuşi, acoperită, prin votul adunării generale, luat în baza unui raport special al cenzorilor (care vor explica raţiunile pentru care aprobarea nu a fost cerută în prealabil). Dacă însă actul juridic sau operaţiunea astfel săvârşită de administrator realizează o deturnare de bunuri sociale, se poate antrena chiar răspunderea penală a administratorului în cauză şi a complicilor săi (abuz de bunuri sociale). Vz. în acelaşi sens, V. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p.247.

Scanned with OKEN Scanner

de valabilitate a actului juridic respectiv şi nu doar o condiţie de opozabilitate faţă de societate.

Când actele juridice sau operaţiunile sunt săvârşite de administratori cu depăşirea limitelor legale ale împuternicirii lor, obligaţiile ce rezultă din aceste acte sau operaţiuni nu-i sunt opozabile societăţii, pentru că orice creditor trebuie să cunoască limitele ***legale*** ale puterilor administratorilor. Societatea nu este, deci, obligată de actele juridice astfel încheiate, putând solicita instanţei constatarea nulităţii absolute a acestor acte juridice sau putând opune creditorilor excepţia de nulitate; iar dacă din aceste acte juridice ar rezulta prejudicii pentru societate, aceste prejudicii vor trebui acoperite de administratorii în cauză. Obligaţiile rezultate din aceste acte şi operaţiuni, incumbă personal administratorilor.

B.2. Limitări ce decurg din ierarhia organelor statutare şi din competenţele legale diferite ale acestora

Structura societăţii comerciale este organizată conform funcţionalităţilor diferite ale organelor statutare (funcţia de deliberare şi decizie, funcţia de execuţie şi funcţia de control).

Funcţia de deliberare şi decizie este un atribut, în principiu, exclusiv al adunării generale a asociaţilor, adunare care stabileşte strategia societăţii, reglementează statutar activitatea acesteia, dispune acţionarea în răspundere a administratorilor etc.; administratorii execută deciziile adunării generale; cenzorii controlează legalitatea şi oportunitatea activităţii administratorilor (în societăţile de persoane şi în societăţile cu răspundere limitată de mai mică mărime, neexistând cenzori, această atribuţie revine tot adunării generale), făcând propuneri de soluţii adunării generale, prin rapoarte regulate. Din această ierarhie şi partajare de competenţe rezultă principiul că un organ al societăţii nu poate intra în atribuţiile altui organ al societăţii. De aceea, administratorul nu poate exercita şi atribuţiile adunării generale[1] şi nu poate fi, în acelaşi timp şi

[1] Cu excepţia, evident, a acelui administrator care, fiind şi asociat unic într-o societate cu răspundere limitată, exercită şi atribuţiile adunării generale (art. 13, alin.1 şi 2 din lege, în forma dată de O.U.G. nr. 32/1997).

Scanned with OKEN Scanner

cenzor al aceleiaşi societăţi. Aceasta este soluţia indiferent de forma juridică a societăţii şi indiferent dacă în societatea pe acţiuni legea permite ca adunarea generală să delege exerciţiul unei părţi din atribuţiile sale Consiliului de Administraţie sau administratorului unic, din moment ce este vorba de o ***delegare*** de atribuţii (deci esenţialmente temporară şi expresă). Aşa cum s-a arătat, conform art. 114 din lege (introdus prin O.G. nr. 32/1997) adunarea generală extraordinară[1] va putea delega Consiliului de Administraţie sau după caz, administratorului unic, în condiţiile actului constitutiv, exerciţiul următoarelor sale atribuţii stabilite în art. 113 lit. b), c), e), f) şi i): mutarea sediului societăţii, schimbarea obiectului de activitate al societăţii, mărirea sau reducerea capitalului social[2] ori reîntregirea sa prin emisiune de noi acţiuni, conversiunea acţiunilor dintr-o categorie în alta[3]. Delegarea exerciţiului acestor atribuţii ale adunării generale către administratori[4] trebuie să fie expresă şi să fie dată pe baza unei clauze precise inserate prealabil în actul constitutiv, ori a unei decizii luate în condiţiile de cvorum şi majoritate ale adunării generale extraordinare, iar decizia să fie publicată în condiţiile legii în Monitorul Oficial şi menţionată în Registrul Comerţului. În aceste condiţii, Registrul Comerţului nu ar putea refuza efectuarea unei menţiuni de modificare a actului constitutiv al societăţii pe acţiuni pe motiv că hotărârea de modificare nu a

---

[1] Acţionarii vor putea adopta o asemenea soluţie şi prin actul constitutiv, deci e posibil ca aceste atribuţii să fie exercitate de către primii administratori. O soluţie diferită ar fi contrară spiritului modificărilor aduse legii.

[2] Inclusiv prin anularea acţiunilor dobândite de societate în vederea reducerii capitalului social (art. 104 lit. a), nou introdus prin O.U.G. nr. 32/1997).

[3] În forma iniţiala a art. 75[1], introdus de O.U.G. nr. 32/1997, se permitea şi delegarea la administratori a exerciţiului atribuţiilor adunării generale de ***a emite obligaţiuni***; prin modificările introduse de Legea nr. 195/1997 de aprobare şi modificările introduse de O.U.G. nr. 32/1997, acest text a fost nejustificat eliminat.

[4] Şi în dreptul francez există această posibilitate, dar este mult mai restrânsă. Astfel, art. 99 din legea franceză a societăţilor comerciale dispune că schimbarea sediului social în acelaşi departament sau într-un departament limitrof poate fi decisă de consiliul de administraţie cu condiţia ratificării acestei decizii de către următoarea adunare generală.

Scanned with OKEN Scanner

fost luată de către adunarea generală a acţionarilor, ci de către Consiliul de Administraţie sau administratorul unic.

Deşi ni se pare util ca administratorii să nu fie ţinuţi de toate formalităţile de convocare a adunării generale extraordinare pentru a se lua decizii ce ţin de activitatea curentă a societăţii, de orientarea sa pe piaţă (schimbarea sediului social, a obiectului de activitate) sau de finanţarea sa (mărirea capitalului social), putând să acţioneze operativ pentru rezolvarea acestor probleme pe baza delegării de atribuţii, suntem de părere că, în cazul în care administratorii ar deturna această facilitate de la sensul său firesc (de exemplu, printr-o majorare de capital cu încălcarea dreptului preferenţial de subscriere sau cu o sumă imposibil de procurat în termen, un acţionar iniţial majoritar ar putea pierde controlul societăţii), ar putea fi făcuţi răspunzători de prejudiciul eventual suferit de societate ori chiar de către acţionari (dacă aceştia ar putea dovedi un prejudiciu personal rezultat din fapta administratorului), iar societatea ar putea reveni asupra deciziei, revocând actul astfel încheiat (evident atunci când actul ar fi revocabil deci, în orice caz, nu un contract).

Sancţiunea încălcării ierarhiei şi competenţei adunării generale de către administratori este, evident, ***nulitatea actului astfel încheiat***. În unele situaţii, însă, soluţia aceasta nu este prea uşor de aplicat chiar dacă ierarhia şi competenţele organelor societăţii sunt prevăzute de lege şi deci, fiind cunoscute de orice participant la raporturile juridice, nu pot fi ignorate.

Astfel, vânzarea unui fond de comerţ modifică obiectul de activitate al societăţii şi poate antrena chiar dispariţia acestuia. Modificarea obiectului de activitate este o atribuţie a adunării generale a asociaţilor (am văzut că, în sistemul legii române, în societatea pe acţiuni această atribuţie, printre altele, poate fi delegată de adunarea generală consiliului de administraţie) şi administratorul nu poate aduce atingere acestui principiu, chiar şi pe calea indirectă a vânzării fondului de comerţ (exploatarea unuia sau mai multor fonduri de comerţ, re-

Scanned with OKEN Scanner

prezintă obiectul de activitate al societăţii). Dar în cazul în care administratorul a încheiat acest act juridic, fără să existe o decizie a adunării generale în acest sens, este sau nu valabil acest act, este sau nu opozabil societăţii?

În jurisprudenţa franceză s-a statuat că soluţia depinde de modul în care a fost delimitat obiectul social şi de locul pe care îl ocupă fondul de comerţ respectiv în cadrul activităţii societăţii. Când obiectul social este suficient de larg ca să permită continuarea activităţii societăţii şi fără fondul de comerţ respectiv, vânzarea acestui fond de comerţ de către administrator, fără să existe o decizie în acest sens a adunării generale este valabilă şi opozabilă societăţii[1] chiar dacă societatea ar fi prejudiciată (când se va pune doar problema răspunderii administratorului faţă de societate, pentru culpă). Când însă exploatarea fondului de comerţ respectiv este unicul obiect de activitate al societăţii, vânzarea fondului de comerţ este echivalentă cu dispariţia obiectului social şi, din această cauză, vânzarea trebuie considerată nulă[2].

În sistemul legii române, soluţia trebuie să fie, nediferenţiată, nulitatea absolută a acestei vânzări, fiind încheiată cu uzurparea atribuţiilor exclusive ale adunării generale. Este de

---

[1] Cass.com.fr., dec. din 29 ianuarie 1979.

[2] Cass.com.fr., dec. din 12 ianuarie 1988. Un administrator al unei societăţi care edita o revista săptămânală cu audienţă locală, dar care avea, în paralel sau în subsidiar şi alte activităţi comerciale, a vândut revista unui terţ; adunarea generală a asociaţilor a refuzat să ratifice vânzarea şi a dispus vânzarea către o altă persoană. Primul cumpărător al revistei a cerut anularea celei de-a doua vânzări, considerând că prima vânzare a fost valabilă, limitele puterilor administratorului nefiindu-i opozabile. Instanţa, soluţionând pricina, a considerat că prima vânzare este nulă, pentru că, vânzând fondul de comerţ se schimbă obiectul de activitate al societăţii ori o astfel de modificare de statut este de atribuţia exclusivă a adunării generale; administratorul, în prima vânzare, a încălcat această atribuţie exclusivă reglementată de norme imperative, şi, deci, această vânzare este nulă. A. VIANDIER şi M. COZIAN (*op.cit.*, p.241) consideră această soluţie a instanţei supreme franceze greşită, pentru că administratorul societăţii respective, prin vânzarea revistei săptămânale, nu făcuse să dispară întregul obiect social (societatea mai deţinea şi o librărie) şi putea continua să existe sub aceeaşi firmă, chiar dacă nu mai vindea aceeaşi marfă.

Scanned with OKEN Scanner

altfel, o nulitate decurgând dintr-o incapacitate specială de folosinţă a administratorului, ce constă în lipsa capacităţii prevăzute de lege pentru a încheia valabil un act juridic, respectiv, modificarea obiectului de activitate al societăţii prin vânzarea fondului de comerţ. În plus, dacă această vânzare depăşeşte ca valoare 50% din activul net contabil al societăţii, trebuie să fie precedată de o aprobare specială a adunării generale a asociaţilor (art. 143) în caz contrar, fiind nulă. Este vorba, în ambele cazuri de limitări ale atribuţiilor administratorului prin dispoziţii legale, imperative, de la care nu se poate deroga prin convenţii decât în cazurile şi condiţiile expres prevăzute de lege (exemplu: art. 114, cu trimitere la art. 113 lit.c).

Ar fi de remarcat că, atunci când fondul de comerţ cesionat ar fi fost unicul obiect de activitate al societăţii, vânzarea sa ar fi antrenat imposibilitatea realizării obiectului de activitate al societăţii, ceea ce constituie, conform art. 222 lit. b din lege, un caz de dizolvare de drept a societăţii. Or, hotărârea de dizolvare a societăţii, în cazul în care nu intervine ca urmare a unei sancţiuni legale (spre exemplu, falimentul societăţii, nulitatea acesteia) sau ca urmare a unei decizii a tribunalului, la cererea asociaţilor (pentru neînţelegeri grave între aceştia care ar împiedica funcţionarea societăţii) trebuie să aparţină adunării generale şi nu administratorului.

B.3. Limitări impuse de actul constitutiv, de hotărâri ale adunării generale sau prin decizii ale consiliului de administraţie (limite statutare).

Asociaţii (sau chiar administratorii, în consiliul de administraţie) pot decide să limiteze atribuţiile administratorilor. De exemplu: acte juridice sau operaţiuni care depăşesc ca valoare un anumit plafon stabilit de asociaţi (sau de consiliul de administraţie) nu pot fi încheiate valabil fără aprobarea adunării generale sau a preşedintelui Consiliului de Administraţie ori că aceste acte juridice nu sunt valabile decât dacă sunt semnate de doi sau mai mulţi administratori operativi.

Scanned with OKEN Scanner

Când administratorii depăşesc limitele atribuţiilor lor stabilite în actul constitutiv sau printr-o decizie a adunării generale a asociaţilor (ori a Consiliului de Administraţie când e cazul), se pot aplica regulile mandatului aparent. Administratorii în cauză sunt prezumaţi a avea puteri depline (această prezumţie rezultă din art. 70 alin.1 din lege). Societatea nu poate pretinde că actele şi faptele juridice ale administratorilor nu-i sunt opozabile, când terţii contractanţi se încred, cu bună credinţă, în calitatea de reprezentant legal (prezumată) a administratorului. Ca şi mandatul tacit al prepusului, mandatul administratorului se socoteşte general şi cuprinde toate actele necesare exerciţiului comerţului pentru care este dat (art. 395 alin. 1 C. com.). Societatea, ca şi patronul prepusului, nu poate opune terţilor vreo restricţie a mandatului tacit dacă nu probează că terţii cunoşteau existenţa restricţiei în momentul contractării obligaţiei (art. 395 al 2 C. com.).

Având în vedere caracterul instituţional al societăţii (aceasta beneficiază de personalitate juridică), administratorii, mai ales cei operativi, acţionează, de regulă, ca organe ale societăţii care exprimă voinţa acesteia, ceea ce atestă că, în mare parte, puterile administratorilor provin de la lege, din dispoziţii legale de la care asociaţii nu pot deroga în prea mare măsură, cu consecinţa că limitările convenţionale ale atribuţiilor acestora sunt, în principiu, inopozabile terţilor[1]. O societate comercială nu poate opune terţelor persoane ilegalitatea împuternicirii (mandatului) celor ce o reprezintă, această chestiune privind numai raporturile interne dintre societate şi administratorii săi, care pot fi făcuţi răspunzători de nere-

[1] Curtea de Casaţie, secţia a-III-a, dec. nr. 117/1933, în "*Practica judiciară în materia comercială*", vol. III, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1991, p. 107-108. În speţă un contract fusese semnat numai de directorul societăţii, nu şi de doi membri ai consiliului de administraţie, singurii împuterniciţi, conform actului constitutiv să semneze valabil pentru societate, fapt pentru care contractul a fost considerat nevalabil pentru lipsa calităţii de reprezentant a celui ce a semnat contractul pentru societate, şi nu pentru depăşirea limitelor împuternicirii celui ce a semnat.

Scanned with OKEN Scanner

gularităţile constatate în această privinţă[1], pentru că, în relaţiile cu asociaţii şi cu societatea, administratorii au, totuşi, calitatea de mandatar. Dacă, deci, societatea va plăti terţului, va avea drept de regres contra administratorului în cauză.

Trebuie observat însă că aceste soluţii sunt valabile numai în raport de terţi de bună credinţă. Acela care, contractând cu administratorul, cunoaşte că acesta nu are atribuţia legală sau statutară de a angaja valabil, prin semnătura sa, societatea, nu va putea pretinde că societatea s-a obligat faţă de sine prin acel act; este admisibilă cererea mandantului (societate) de a dovedi reaua-credinţă a terţului contractant, care a concertat în mod fraudulos cu mandatarul (administrator) în scopul de a-l frustra pe mandant[2]. În această situaţie, administratorul se obligă personal faţă de terţ; este o situaţie dintre cele rare, în care administratorul poate fi făcut răspunzător direct faţă de terţi pentru obligaţii rezultând din executarea (defectuoasă) a mandatului său.

În schimb terţul care, contractând cu administratorul, are cunoştinţă că acesta este mandatar al societăţii, nu poate să formuleze pretenţii contra administratorului ca obligat personal, chiar dacă acesta, în diferite acte intervenite cu ocazia executării mandatului, a semnat personal, adică fără a însoţi semnătura sa de firma (şi stampila) societăţii[3].

Depăşirea atribuţiilor (puterilor) încredinţate administratorului de către asociaţi şi limitate de acestea prin statut sau prin decizie a adunării generale poate antrena răspunderea personală a administratorului în cauză faţă de terţi. Dacă societatea va dovedi că terţul a cunoscut limitările mandatului, răsturnând aparenţa de mandat general valabil al administratorului în cauză, terţii nu pot acţiona societatea în răspundere (contractuală sau delictuală[4]), ci numai pe administrator,

---

[1] Cas. III, dec. 520/1923 în "*Practica ...*", vol. II, 1991, p. 105.

[2] Cas. III, dec. 746/1934, în "*Practica ...*", vol. II, 1991, p. 37. Vz., pt. dreptul francez, M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 115.

[3] Cas. III, dec. nr. 98/1937, în "*Practica ...*", vol. II, 1991, p. 37-38.

[4] Natura juridică a acestei răspunderi - contractuală sau delictuală - este quasi irelevantă, din moment ce această răspundere este antrenată pentru

Scanned with OKEN Scanner

deoarece nu mai poate fi vorba de acte sau fapte juridice ale societăţii înseşi.

O ilustrare legislativă, specifică societăţilor comerciale pe acţiuni şi cu răspundere limitată, a acestor reguli ale aparenţei de mandat al administratorilor a fost realizată recent, prin modificările aduse de O.G. nr. 32/1997 la Legea nr. 31/1990. Astfel, în art. 55 nou introdus, la alineatul 2 se prevede că limitările puterilor administratorilor prin clauze ale actului constitutiv sau prin decizii ale organelor statutare (adunarea generală, Consiliul de Administraţie) nu sunt opozabile terţilor, ***chiar dacă au fost publicate***. Textul are în vedere numai societatea pe acţiuni, în comandită pe acţiuni şi cu răspundere limitată, nu şi celelalte forme de societate; în ce-i priveşte pe terţi, inopozabilitatea acestor limite joacă, indiferent dacă societatea va reuşi sau nu să probeze că terţii cunoşteau sau trebuiau să cunoască aceste limite şi că administratorul le-a depăşit prin săvârşirea operaţiunii respective, indiferent, deci, dacă terţii sunt de bună sau de rea credinţă. Aparenţa de mandat (general valabil) al administratorului este, deci, mai puternică în acest tip de societăţi, din moment ce este producătoare de efecte juridice în patrimoniul mandantului (societate), care nu a dorit să fie parte în raportul juridic creat şi aceasta chiar în prezenţa concursului fraudulos între administrator şi terţ. Sancţiunea aplicabilă administratorului pentru aducerea societăţii în această situaţie este pur internă, deci o răspundere personală a administratorului faţă de societate (cu excepţia, desigur, a cazului de infracţiune, când poate fi antrenată şi răspunderea penală a administratorului).

Ne întrebăm dacă mai ales în situaţia concursului fraudulos între administrator şi terţ, regula este echitabilă. Art. 395 alin. 2 C. com. limitează principiul inopozabilităţii restricţiilor mandatului la terţii de bună credinţă; terţii care cunoşteau aceste restricţii la momentul contractării obligaţiei nu beneficiază de

---

acte sau fapte juridice săvârşite "în afara funcţiilor încredinţate" - art. 35 alin.2 şi 3 din Decretul nr. 31/1954, art. 1000 alin.3 C.civ. Vz. pt. amănunte, *infra* cap. III.

Scanned with OKEN Scanner

aparenţa de mandat a celui cu care au contractat. Textul Codului comercial este mai judicios, fiind mai aproape de ceea ce înseamnă principiul aparenţei în dreptul comercial (credinţa scuzabilă a terţului că aparenţa este conformă cu realitatea, primează realităţii propriu-zise). Remarcăm că această regulă este asemănătoare şi în dreptul francez (v. art. 98 alin.3 şi art. 113 alin.4 din Legea din 24 iulie 1966). Numai că textul legii române este deficitar din punctul de vedere al logicii juridice, pentru că se referă nu la Consiliul de Administraţie sau la preşedintele acestuia (cum o face legiuitorul francez), ci ***la organele statutare,*** adică inclusiv adunarea generală: or adunarea generală nu intră în relaţii cu terţii iar, pe de altă parte, noţiunea de "organ" al societăţii, aşa cum s-a arătat nu este întru totul potrivită pentru a defini administratorul (chiar cu drept de reprezentare legală a societăţii). Pentru jurisprudenţa franceză recentă, vz. Cass. com. franceză, decizia din 2.06.1992, cit. de M. Cozian, A. Viandier, *op.cit.*, p. 115.

B.4. Limitări ce decurg din obligaţia administratorilor de a urmări interesul social

Administratorul este obligat să urmărească satisfacerea interesului social. De aceea el este răspunzător de exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale (art. 73 lit. d) şi de stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea sau actul constitutiv i le impun (art. 73 lit. e). ***Interesul social este cauza (scopul) tuturor actelor juridice şi operaţiunilor pe care administratorul le îndeplineşte în exercitarea mandatului său***; neurmărirea acestui interes ori deturnarea interesului social într-un interes personal al administratorului poate duce la sancţiuni penale contra administratorului, mai ales în cazul în care societatea este în încetare de plăţi (când e posibilă extinderea falimentului asupra administratorului sau obligarea sa la acoperirea unei părţi din pasivul social).

Astfel de sancţiuni penale sunt prevăzute în art. 266 pct. 1-4, art. 269 pct. 1. Este vorba, în esenţă, de fapte ale administra-

Scanned with OKEN Scanner

torului prin care se produc unele prejudicii societăţii pe care o administrează acesta, prin deturnarea afacerilor sau creditului societăţii în interesul personal al administratorului. Astfel, este pasibil de închisoare administratorul care:

→ dobândeşte, în contul societăţii, acţiuni ale altor societăţi la un preţ pe care îl ştie vădit superior valorii lor efective sau vinde, pe seama societăţii, acţiuni pe care aceasta le deţine, la preţuri despre care are cunoştinţă că sunt vădit inferioare valorii lor efective, ***în scopul obţinerii, pentru el sau pentru alte persoane, a unui folos în paguba societăţii*** (art. 266 pct. 1);

→ foloseşte, cu rea credinţă, bunuri sau creditul de care se bucură societatea, ***într-un scop contrar intereselor acesteia*** sau ***în folosul lui propriu*** ori ***pentru a favoriza o altă societate în care are interese direct sau indirect*** (art. 266 pct. 2);

→ se împrumută, sub orice formă, direct sau printr-o persoană interpusă, de la societatea pe care o administrează, de la o societate controlată de aceasta (filiala, n.n. G.P.) ori de la o societate care controlează societatea pe care el o administrează (societate mamă, n.n. G.P.) sau face ca una dintre aceste societăţi să îi acorde vreo garanţie pentru datorii proprii (art. 266, pct. 3);

→ răspândeşte ştiri false sau întrebuinţează alte mijloace frauduloase care au ca efect mărirea sau scăderea valorii acţiunilor sau a obligaţiunilor societăţii ori a altor titluri ce îi aparţin în scopul obţinerii pentru el sau pentru alte persoane, a unui folos în paguba societăţii (art. 266 pct. 4);

→ încalcă, chiar prin persoane interpuse sau prin acte simulate, dispoziţiile art. 145, adică nu dă curs obligaţiei de a înştiinţa pe ceilalţi administratori şi pe cenzori şi de a nu lua parte la nici o deliberare privitoare la o operaţiune în care ar avea el, soţia sa, rudele sau afinii săi până la gradul al patrulea inclusiv, direct sau indirect, interese contrare intereselor societăţii (art. 269 pct. 1); în acest caz, administratorul respectiv poate fi obligat, pe baza dispoziţiei exprese a art. 145 alin.

Scanned with OKEN Scanner

final şi la repararea daunelor pricinuite societăţii prin operaţiunea în care a avut interese contrare societăţii şi pe care a impus-o prin votul său.

Stabilirea răspunderii administratorului faţă de societate pentru încălcarea sau deturnarea interesului social se realizează în cadrul acţiunii în răspundere (problemă care va fi analizată ulterior).

Ceea ce interesează aici este, însă, soarta actului juridic sau operaţiunii încheiate de administrator cu încălcarea interesului social sau deturnând interesul societăţii în interes personal. Sunt nule astfel de operaţiuni sau inopozabile societăţii?

Un răspuns satisfăcător la această problemă este oferit de ***teoria cauzei actului juridic.*** În dreptul civil, cauza actului juridic civil este analizată ca o condiţie de valabilitate a acestuia (art. 948 pct. 4 C.civ.) şi reprezintă scopul urmărit de părţile actului juridic la încheierea acestuia (*causa finalis*), mai precis ***motivul determinant*** al încheierii actului juridic, care se referă fie la însuşirile unei prestaţii, fie la calităţile unei persoane, când e vorba de un contract cu caracter *intuitu personae*. Spre deosebire de scopul imediat (*causa proxima*) al obligaţiei, care este general şi tipic pentru diferitele categorii de acte juridice, scopul mediat (*causa remota*), adică motivul determinant al încheierii contractului este concret şi variabil, în funcţie de ***interesele părţilor*** actului juridic civil.

Din dispoziţiile art. 966 C.civ. rezultă că obligaţia fără cauză, ori fondată pe o cauză falsă sau ilicită nu poate avea nici un efect; de asemenea, imoralitatea cauzei duce la lipsirea de efecte a obligaţiei fondate pe o astfel de cauză (art. 5 şi art. 968 C.civ.)[1] Rezultă că obligaţia fără cauză sau fondată pe o cauză falsă, ilicită sau imorală este ***nulă***.

---

[1] În teoria generală a dreptului civil (vz. G. BOROI, *op.cit.*, p. 134, nota 1 subsol) s-a arătat că în concepţia legiuitorului civil condiţia moralităţii cauzei nu e distinctă de cea a ***liceităţii*** cauzei, ci se integrează în aceasta. S-a observat, de asemenea, că, în baza art. 5 C.civ. pot fi declarate nule numai actele juridice având o cauză ce contravine dispoziţiilor ***exprese*** care interesează ordinea publică şi morala, în timp ce, în baza art. 968 C.civ. pot fi declarate nule şi acele convenţii a căror cauză este imorală, dar care nu contravine unor dispoziţii legale exprese. Remarcăm, însă, că privitor la

Scanned with OKEN Scanner

Deoarece administratorul nu încheie (efectuează) operaţiunile ce ţin de comerţul societăţii în nume propriu, ci pe seama societăţii, el fiind un mandatar, înseamnă că scopul acestor operaţiuni îl reprezintă satisfacerea intereselor societăţii. Când acest scop nu există, este fals, ilicit sau imoral, întrucât interesul social este deturnat în interesul propriu al administratorului ori încălcat, ***operaţiunea juridică astfel încheiată este nulă***. În art. 12 alin. 3 din legea nr. 21/1924 privind persoanele juridice fără scop lucrativ se prevede expres, în ce priveşte persoanele juridice fără scop lucrativ că actele prin care organele persoanei juridice ar urmări un vădit scop străin aceluia pentru care asociaţia sau fundaţia a fost constituită sau recunoscută, nu vor avea efect faţă de persoana juridică. Desigur că textul nu este aplicabil societăţii comerciale; dar şi societatea comercială este tot o persoană juridică, ea manifestându-şi capacitatea de exerciţiu prin "organele sale". O analogie sau o paralelă cu acest text nu este de înlăturat.

În doctrina interbelică[1] se consideră, cu caracter de principiu, că ori de câte ori, cu toate aparenţele unei legături obligaţionale, judecătorul va constata ***dintr-o analiză a finalităţii (scopului) actului juridic***, că debitorul (în cazul analizat, societatea) s-a obligat fără cauză, fără scop, obligaţia va fi privată de efecte juridice. De asemenea, în analiza problemei, s-a considerat că dacă hotărârile adunărilor generale respectă prescripţiile legale, dar sunt în vădită contradicţie cu interesele sociale, fiind impuse, spre exemplu, de administratorii care controlează, prin voturile lor, adunările generale şi refuzând să-i acţioneze în răspundere pe aceştia când au acţionat contrar intereselor sociale, în interes propriu, astfel de decizii sunt nevalabile, apelându-se pentru această soluţie, prin analogie,

problema analizată această distincţie nu importă, din moment ce deturnarea sau încălcarea în interesul propriu al administratorului a interesului social reprezintă infracţiuni.

[1] D.D. GEROTA, "*Teoria generală a obligaţiunilor comerciale în raport cu tehnica obligaţiunilor civile*", Imprimeria Naţională, Buc. 1932, p. 16.

Scanned with OKEN Scanner

la ***teoria deturnării de putere*** din dreptul administrativ[1]. Conform acestei teorii, puterea pe care o are o autoritate administrativă trebuie să fie utilizată în vederea scopului pentru care i-a fost conferită; dacă nu este utilizată în acest scop, legea nu mai este respectată în spiritul ei. Aceeaşi este situaţia şi cu votarea în adunarea generală: dacă nu s-au urmărit interesele societăţii, decizia nu mai respectă scopul voit de legiuitor şi ea poate fi anulată, cu consecinţa că nulitatea pentru lipsa, falsitatea sau ilicitatea unei operaţiuni încheiate de administrator încălcând interesul social nu mai poate fi acoperită prin confirmarea operaţiunii în adunarea generală.

În esenţă, încălcarea interesului social sau deturnarea acestuia în interesul propriu al administratorului sau al altuia plasează cauza (scopul) operaţiunii astfel încheiate în zona ilicitului sau a imoralului. Astfel, conform art. 969 C.civ., "cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrară bunelor moravuri şi ordinii publice", iar conform art. 5 C.civ. "nu se poate deroga prin convenţii, sau dispoziţii particulare la legile care interesează ordinea publică şi bunele moravuri". De aceea, operaţiunea respectivă este lovită de ***nulitate absolută***. Dat fiind regimul juridic al nulităţii absolute, este greu de admis că o astfel de operaţiune ar putea fi confirmată de adunarea generală (întrucât nulitatea absolută poate fi invocată oricând, ea neputând fi acoperită prin confirmare); eventual, adunarea generală ar putea lua decizia să se menţină actul, dar o astfel de decizie nu ar fi valabilă ca o confirmare a actului nul, ci ca o decizie de a încheia din nou actul juridic respectiv.

Întrucât, conform art. 967 C.civ., convenţia este valabilă, deşi cauza nu este expresă, cauza fiind prezumată până la

---

[1] G. GĂLĂŞESCU-PYK, "*Aplicarea excesului de putere în materie de societăţi anonime*", RDC 1934, p. 588, citat în Codul comercial adnotat, nota 6 de sub art. 230 C.com. (actualmente, acest text este abrogat, dar echivalentul său, art. 131 din Legea nr. 31/1990 are un conţinut aproape identic, astfel că această soluţie este valabilă şi în prezent).

Scanned with OKEN Scanner

proba contrarie, înseamnă că cel ce are interes să răstoarne această prezumţie trebuie să facă ***dovada*** încălcării sau deturnării interesului social, adică a nelegalităţii sau imoralităţii cauzei.

Problema importantă care se pune este, însă, definirea ***interesului social***. În societăţile comerciale moderne, mai ales în societăţile pe acţiuni mari, sunt interesaţi ca firma să fie rentabilă acţionarii, creditorii sociali (bănci, obligatari, alţi investitori în valori mobiliare emise de societate, furnizori, achizitori), salariaţii, statul şi comunităţile locale, întrucât fiecare dintre aceştia într-o măsură mai mică sau mai mare, a făcut o investiţie ireversibilă (fie şi parţial) în firmă.

Administrarea şi conducerea societăţilor comerciale reprezintă structura organizatorică prin care societatea reprezintă şi serveşte interesele investitorilor săi, principiu care, uneori, este explicit formulat în lege.

Astfel, conform art. 36 din O.G. nr. 24/1993, societatea de administrare a investiţiilor, în exercitarea funcţiilor sale de administrare va urmări exclusiv interesul investitorului (în fondurile de investiţii sau în societăţile de investiţii colective pe care le administrează) acţionând independent de interesele acţionarilor săi. Dar nu întotdeauna legea sau practica permit o precisă delimitare a acestor "investitori".

Întrucât în societăţile pe acţiuni moderne, acţionarii tind să-şi mărească numărul şi să-şi micşoreze pachetele de acţiuni, pe de o parte şi, pe de altă parte, aceştia îşi distribuie şi diversifică portofoliile într-o gamă largă de societăţi şi forme de investiţie[1] (acţiuni, obligaţiuni, certificate de investitor etc.), pentru oricare dintre investitori, stimulentul este mai mic ca să depună mai mult efort în supravegherea şi administrarea societăţii, mai ales că este mai avantajos să aştepte să profite de pe urma eforturilor altor acţionari în supravegherea admi-

[1] CNVM, de altfel, obligă investitorii instituţionali (fondurile de investiţii, societăţile de investiţii) să-şi diversifice portofoliul, pentru a nu exista riscul unei prea mari ataşări a acestora faţă de diverşi emitenţi de valori mobiliare, ale căror dificultăţi financiare s-ar răsfrânge negativ asupra lor.

Scanned with OKEN Scanner

nistraţiei şi controlul eficienţei acestora. Avuţia managerilor, inclusiv capitalul lor uman, este mai concentrată în propria lor firmă; chiar dacă au acelaşi plafon de remunerare ca al acţionarilor (ori al altor investitori) comportamentul lor va fi foarte diferit de cel al acţionarilor datorită gradului înalt al dependenţei averii lor faţă de rentabilitatea firmei. Acţionarii sunt preocupaţi de rentabilitatea financiară a firmei, pe când managerii sunt preocupaţi şi de dimensiunile firmei lor, de puterea şi prestigiul asociat poziţiei lor, de gradul de libertate în alocarea resurselor.[1] După cum s-a remarcat şi în doctrina românească,[2] pasivitatea acţionarilor, mai ales când statul este acţionar unic sau majoritar sau când acţiunile sunt difuze în masa populaţiei, îi supune pe administratori la diverse tentaţii; "dacă sunt necinstiţi, ei pot să facă uz de puterea lor în interes personal [...] sau pot să rămână indiferenţi sau neglijenţi cu patrimoniul pe care îl au în administrare; dacă sunt incompetenţi şi incorecţi pot încerca să disimuleze greşelile lor de gestiune".[3]

Spre exemplu, în societăţile cu capital majoritar sau integral de stat (în care, de altfel, există uneori, aşa cum s-a arătat, o confuzie între administratori şi reprezentanţii FPS în adunările generale) există riscul unor adunări generale, constituite din reprezentanţi ai FPS şi, uneori, ai SIF-urilor (fostele FPP), inerte, lipsite de reacţie la adresa actelor administraţiei contrare intereselor sociale, atitudine ce provine fie din lipsa de interes pentru o avuţie care este încă considerată a statului (deci, a tuturor, adică a nimănui), fie din incompetenţă, fie în mod vinovat din cauza unor interese personale ale celor ce

---

[1] COLIN MAYER, în lucrarea "*Administrarea societăţilor pe acţiuni în economia de piaţă şi tranziţie*", colectiv coord. M. Hessel, ed. în limba română a Ed. All, 1997, p. 20-21.

[2] V. PĂTULEA, "*Răspunderea juridică a organelor de conducere, administrare şi control ale societăţilor comerciale cu capital de stat*", în Dreptul nr. 1/1996, p. 5.

[3] *Ibidem*.

Scanned with OKEN Scanner

constituie adunarea generală[1]. Până la privatizare, care ar trebui să elimine acest risc, rămâne calea verificării ierarhice la nivelul Consiliului de Administraţie al FPS şi apoi la nivelul Guvernului sau al Parlamentului, o cale puţin sigură de descoperire a abaterilor, astfel cum se arată în doctrina anterioară alegerilor din octombrie 1996[2]; dar aserţiunea este valabilă şi în prezent.

În principiu, ***interesul social este circumscris la nivelul asociaţilor*** (acţionarilor), acesta manifestându-se în adunarea generală. Aceştia sunt, în principiu, titularii dreptului de a invoca nulitatea operaţiunilor administratorilor făcute în dispreţul interesului social, pentru ilicitatea sau imoralitatea cauzei acelor operaţiuni. Ceilalţi, interesaţi în rentabilitatea societăţii (creditori sociali, salariaţi, stat) nu au, de principiu, acest drept[3]. Totuşi, în unele legislaţii, cum este cea germană, acest principiu este atenuat. Astfel, structura administraţiei şi conducerii unei firme germane reflectă rolul său în economie şi în societate: iniţial, la fondarea firmei, ea este condusă în interesul asociaţilor (acţionarilor); pe măsură ce se dezvoltă, această firmă este nevoită să-şi extindă obligaţiile dincolo de asociaţii acţionari, adică spre furnizori, cumpărători, angajaţi şi comunitatea locală, interesul social devenind ***mai larg*** decât interesul asociaţilor/acţionarilor. Spre exemplu, salariaţii firmei au o reprezentare diferită în consiliul de supraveghere al firmei, în funcţie de numărul de angajaţi ai firmei[4]: societăţile

---

[1] Vz., cu titlu informativ, practica anilor 1994-1996 după care reprezentanţilor FPS în A.G.A. li se acordă un procent din beneficiul societăţii, fapt pentru care se declarau profituri foarte mari uneori fictive, numai cu scopul încasării de către persoanele respective a participărilor la beneficii, societatea plătind sau trebuind să plătească impozit pe profitul astfel declarat.

[2] V. PĂTULEA, *lucr. cit.*, p.5.

[3] Doar creditorii sociali au dreptul, conform art. 61-62 din lege de a face opoziţie la actele de modificare a actelor constitutive ale societăţii debitoare; dar opoziţia nu duce la nulitatea operaţiunii de modificare a actului constitutiv ci la suspendarea acestuia până la reglementarea creanţelor opozanţilor.

[4] Administrarea unei societăţi pe acţiuni germane este dublu etajată (consiliul de supraveghere şi directorat, aceştia din urmă având funcţii executive, manageriale), spre deosebire de sistemul tradiţional francez, preluat şi în

Scanned with OKEN Scanner

cu mai puţin de 500 de salariaţi nu sunt obligate să aibă reprezentanţi ai salariaţilor în consiliul de supraveghere (de altfel, societăţile cu răspundere limitată - Gmbh - cu mai puţin de 500 de salariaţi nici nu sunt obligate să aibă consiliu de supraveghere); în societăţile cu un număr de 500 - 2000 de angajaţi două treimi din numărul membrilor consiliului de supraveghere sunt reprezentanţii acţionarilor, cealaltă treime fiind reprezentanţi ai salariaţilor; în societăţile cu mai mult de 2000 de angajaţi, jumătate din numărul membrilor consiliului de supraveghere sunt reprezentanţii salariaţilor. În acest fel, cu cât firma este mai mare, cu atât interesul acţionarilor devine mai puţin important, fiind depăşit de diferite alte interese, iar noţiunea de "interes social" devine mai confuză. Iar în cazul societăţilor deschise emitente de valori mobiliare, legislaţia valorilor mobiliare este preocupată, mai degrabă, să protejeze interesele investitorilor în valorile mobiliare emise de societatea deschisă respectivă, a căror sferă nu se reduce la acţiunile emise de societatea respectivă, deşi acestea sunt cele mai importante valori mobiliare.[1]

Conform regulilor regimului juridic al nulităţii absolute, oricine are interes poate invoca nulitatea absolută; dar acest interes trebuie să fie legal proteguit pentru a putea fi apărat; din acest punct de vedere, interesul, ca element al acţiunii civile, nu trebuie confundat cu interesul social. Instanţa, în faţa unei acţiuni în constatarea nulităţii absolute a unui act juridic încheiat de administrator cu încălcarea interesului social are sarcina dificilă de a stabili şi circumscrie interesul social, pentru a putea trece la constatarea nulităţii pentru cauza ilicită a actului juridic, prin încălcarea interesului social.

Interesul social trebuie să se circumscrie cât mai strâns interesului asociaţilor, pentru că numai astfel activitatea firmei

---

legislaţia noastră, al consiliului de administraţie sau al administratorului unic.

[1] Pentru o reliefare a modului confuz în care este definită noţiunea de "valoare mobiliară" şi sfera instrumentelor financiare (negociabile) cărora legea şi reglementările CNVM le dă această calificare, vz. S. DAVID, H. DUMITRU, *lucr. cit.*, RDC nr. 7-8 din 1996, p. 33-35.

Scanned with OKEN Scanner

poate căpăta eficienţă. Experienţa românească în economia de tranziţie este edificatoare în acest sens. Societăţile româneşti "de stat" sunt orientate către menţinerea numărului de salariaţi şi a unui aparat administrativ supradimensionat, în detrimentul rentabilităţii; producţia nu este orientată către piaţă, unde există concurenţă: mărfurile nu se vând, ci se acumulează în stocuri; statul subvenţionează întreprinderile mari, pentru a nu crea probleme sociale; statul, de altfel, subvenţionează şi populaţia, creând cercul vicios al încasării impozitelor de la populaţie pentru a fi returnate (parţial) populaţiei, o mare parte din aceste cheltuieli fiind efectuate de administraţia întreprinderilor mari. Pentru eliminarea acestor inconveniente, interesul social trebuie circumscris interesului asociaţilor.

2.4. Încetarea raporturilor juridice ale administratorului cu societatea

2.4.1. Funcţia de administrator este esenţialmente temporară. Întrucât această funcţie se exercită după regulile contractului de mandat (art. 72 din lege) înseamnă că, în principiu, funcţia de administrator într-o societate încetează pentru aceleaşi cauze pentru care încetează şi contractul de mandat, civil sau comercial: expirarea termenului mandatului, revocarea mandatului de către mandant, renunţarea mandatarului la mandat, decesul mandatarului (sau desfiinţarea acestuia, dacă este o societate de administrare), desfiinţarea societăţii, punerea sub interdicţie, insolvabilitatea sau falimentul mandatantului, adică ale societăţii (art. 1552 C.civ.).

Ca şi contractul de mandat, funcţia de administrator are un caracter *intuitu personae*; acest caracter explică revocabilitatea *ad nutum* a contractului de mandat şi implicit a funcţiei de administrator, chiar dacă această funcţie ar fi exercitată în baza unui contract de management.

Încetarea funcţiei de administrator are ca efect, în principal, încetarea atribuţiilor administratorului de a obliga valabil prin

Scanned with OKEN Scanner

actele sale, săvârşite în această calitate, societatea faţă de terţi. Acest efect, însă, este mult atenuat în cazul în care societatea nu s-a preocupat de efectuarea publicităţii încetării funcţiei de administrator a persoanei vizate. Astfel, conform art. 50 alin. 1 din lege, actele sau faptele pentru care nu s-a efectuat publicitatea prevăzută de lege nu pot fi opuse terţilor, în afară de cazul în care societatea ar face dovada că aceştia le cunoşteau; terţii, însă, au opţiunea de a invoca în favoarea lor actele sau faptele pentru care nu s-a îndeplinit publicitatea, în afară de cazul în care omisiunea publicităţii le lipseşte de efecte.[1]

Ca şi numirea în funcţie, şi încetarea funcţiei de administrator sau reprezentant al unei societăţi comerciale este supusă, pentru a putea produce efecte depline, unor formalităţi de publicitate; înseamnă că terţii de bună credinţă care nu au cunoscut încetarea funcţiei de administrator al societăţii a celui cu care au contractat au opţiunea între a nu ţine cont de această încetare, considerând că au contractat cu societatea (aceasta neavând posibilitatea de a opune terţului contractant faptul încetării funcţiei de administrator a persoanei vizate dacă nu a efectuat publicitatea prevăzută de lege, respectiv art. 54 alin. 2), sau a invoca lipsa publicităţii încetării funcţiei de administrator, pentru a se exonera de contractul încheiat astfel. Regulile analizate reprezintă o ilustrare, cu accente specifice societăţilor comerciale, a teoriei mandatului aparent. În doctrină[2] s-a considerat chiar că revocarea unui administrator (cea mai importantă cauză de încetare a acestei funcţii) este nulă dacă decizia adunării generale de revocare nu a fost consemnată într-un proces-verbal şi înscrisă

[1] Un astfel de caz îl reprezintă revocarea unui administrator care este împuternicit cu această funcţie prin actul constitutiv, întrucât revocarea acestuia reprezintă un caz de modificare a actului constitutiv, aceasta fiind lipsită de efecte dacă nu îndeplineşte formalităţile de publicitate prevăzute de lege (art. 199 alin. 1).

[2] Vz. I.L.GEORGESCU, *"Drept comercial român"* (*Teoria generală a obligaţiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare*), Ediţie revăzută şi adăugită de I. Băcanu, Ed. Lumina Lex, 1994, p. 100.

Scanned with OKEN Scanner

(consemnată) în registrul de decizii al adunării generale şi, evident, cu îndeplinirea formalităţilor de publicitate la Registrul Comerţului.[1] Dar nici societatea, nici terţii nu pot opune, pentru a se sustrage de la obligaţiile asumate, o neregularitate în numirea reprezentanţilor administratorilor sau a altor persoane care fac parte din organele societăţii, dacă această numire ***a fost publicată*** în conformitate cu legea.

Chiar dacă încetarea funcţiei de administrator a fost regulat publicată, se menţin unele efecte ale exercitării mandatului fostului administrator, atât faţă de societate, cât şi faţă de fostul administrator. Astfel, contractele în curs de executare la încetarea funcţiei fostului administrator nu pot fi refuzate de societate, întrucât fostul administrator nu le-a încheiat în nume propriu, ci în numele şi pe seama societăţii[2]. De asemenea, dacă administratorul nu cunoaşte faptul că funcţia sa este desfiinţată, societatea nu poate să refuze valabilitatea unui act juridic încheiat de acest administrator cu un terţ de bună credinţă (art. 1557 şi art. 1558 C.civ.), întrucât societatea este datoare să-i notifice administratorului revocat faptul revocării sale; numai astfel revocarea implicită a administratorului în funcţie prin numirea altui administrator poate avea efecte (art.1555 C.civ.).

În ce-l priveşte pe administrator, revocarea sa din funcţie nu înseamnă şi descărcarea sa automată de gestiune, el rămânând responsabil faţă de societate pentru modul în care şi-a îndeplinit mandatul, în virtutea obligaţiei sale de a da socoteală societăţii[3]. Primii administratori ai societăţii sunt solidar

---

[1] Jurisprudenţa interbelică (Trib. Ilfov, secţia I comercială, ordonanţa nr. 7/21.04.1942, în RDC, 1942, p. 402) a consacrat o astfel de soluţie întemeiată pe fostul art. 142 C.com.

[2] Mandatul de reprezentare în justiţie prin avocat subzistă chiar dacă administratorul care l-a dat este revocat ulterior, pentru că mandatul apare ca fiind dat de societate şi nu de administrator: Cas. I, Dec. nr. 381 din 11.02.1927, în Jurisprudenţa Generală, 1927, p. 826 şi în Codul comercial adnotat, p. 183, Cas. III, Decretul nr. 1602/1935.

[3] În societăţile pe acţiuni, administratorii în funcţie sunt solidar răspunzători faţă de societate cu predecesorii lor imediaţi dacă, având cunoştinţă de neregulile săvârşite de aceştia, nu le denunţă cenzorilor (art. 114 alin. 4).

Scanned with OKEN Scanner

răspunzători cu fondatorii faţă de societate şi faţă de terţi pe o perioadă de 5 ani, din momentul constituirii societăţii pentru: subscrierea integrală a capitalului social şi efectuarea vărsămintelor stabilite de lege sau de actul constitutiv; existenţa aporturilor în natură; veridicitatea publicaţiilor făcute în vederea constituirii societăţii (art. 30 alin. 1). Aşa cum dispune art. 30 alin. 3, adunarea generală nu poate da descărcare de gestiune fondatorilor şi primilor administratori pe timp de 5 ani, pentru răspunderea ce le revine acestora conform art. 30 alin 1, precum şi pentru răspunderea prevăzută tot în sarcina fondatorilor şi primilor administratori conform art. 49 (răspunderea pentru prejudiciul cauzat terţilor prin neregularităţi la care se referă art. 46-48, adică încălcări ale cerinţelor legale de constituire a societăţii) şi art. 53 (răspunderea pentru actele juridice încheiate de fondatori sau primii administratori în contul societăţii în curs de constituire şi pe care societatea nu le-a preluat asupra sa după ce a dobândit personalitate juridică).

2.4.2. Dintre ***cauzele de încetare*** a funcţiei de administrator reţin atenţia trei: expirarea termenului mandatului, renunţarea administratorului la funcţia încredinţată, revocarea sa de către adunarea generală. Probleme speciale ridică revocarea managerului şi încetarea raporturilor juridice ale societăţii de administrare a investiţiilor cu societatea de investiţii pe care o administrează (problemă reglementată, în special, în art. 39 din O.G. nr. 24/1993).

a) ***Expirarea termenului mandatului***

Termenul mandatului administratorului nu este reglementat în materia societăţilor de persoane şi nici în materia societăţilor cu răspundere limitată. Această problemă poate fi reglementată prin actul constitutiv; însă funcţia de administrator nu poate fi perpetuă, datorită caracterului esenţialmente temporar şi revocabil al mandatului.

În societatea pe acţiuni, termenul mandatului administratorilor nu poate fi mai mare de 4 ani (art. 134 alin. 4); dacă în actul constitutiv nu s-a stabilit perioada mandatului, acesta

este prezumat a fi de 2 ani (alin. 6). Textele art. 134 sunt deficitare în ce priveşte stabilirea termenului mandatului, întrucât, după ce în art. 134 alin. 4 se arată că numirea şi înlocuirea administratorilor se fac exclusiv de către adunarea generală, în alin. 5 şi 6 se arată că primii administratori, numiţi prin actul constitutiv, nu pot fi numiţi pe mai mult de 4 ani, iar dacă actul constitutiv nu prevede acest termen, mandatul este de 2 ani. În realitate, termenele respective se referă la toţi administratorii, nu numai la cei numiţi prin actul constitutiv.

În societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată, când nu s-a stabilit prin contract durata mandatului administratorilor, aceasta este tot de 2 ani, aplicând prin analogie regula de la societăţile pe acţiuni (art. 134 alin. 6).

Administratorii sunt reeligibili; numirea altui administrator la expirarea termenului mandatului celor în funcţie prezumă intenţia societăţii de a nu-i mai realege pe foştii administratori. Aceştia din urmă nu au dreptul să ceară realegerea în funcţie, chiar dacă în actul de numire (act constitutiv sau decizie a adunării generale) s-a prevăzut că este reeligibil, întrucât numirea altui administrator prezumă revocarea celui în funcţie (art. 1555 C.civ.) din ziua în care această numire i s-a notificat.

b) ***Renunţarea administratorului la funcţia încredinţată***, care nu se confundă cu demisia (demisia este un act de drept al muncii, iar administratorul nu este salariat al societăţii) este o ilustrare a caracterului dublu *intuitu personae* al mandatului (în privinţa calităţilor personale ale mandantului dar şi ale mandatarului). Această renunţare este, în principiu, ***discreţionară***, aşa cum rezultă din art. 1556 alin. 1 C.civ. Administratorul renunţător la funcţie trebuie să notifice această renunţare societăţii şi să păstreze însărcinarea un anumit termen (stabilit prin actul constitutiv, eventual), suficient pentru ca societatea să-şi instituie alt (alţi) administratori, cu îndeplinirea tuturor formalităţilor prevăzute de lege.

În art. 151 din lege rezultă că, în societăţile pe acţiuni, în caz de vacanţă a unuia sau mai multor administratori (vacanţă provocată, printre altele, şi prin renunţarea administratorului, la funcţia încredinţată), ceilalţi administratori împreună cu

Scanned with OKEN Scanner

cenzorii şi deliberând în prezenţa a două treimi şi cu majoritate absolută procedează, dacă prin actul constitutiv nu se dispune altfel, la numirea unui ***administrator provizoriu*** până la convocarea adunării generale. În cazul în care există un singur administrator şi acesta vrea să se retragă, adunarea generală va trebui să fie convocată de urgenţă în vederea numirii unui nou administrator.

Deşi acest text este plasat de lege în materia societăţii pe acţiuni, putem afirma că el are aplicabilitate generală, la orice formă de societate, pentru că aceeaşi raţiune ce stă la baza textului art. 151 din lege se regăseşte şi la celelalte forme de societate: necesitatea ca societatea să nu rămână fără reprezentanţi legali, fără organe sociale care să exprime capacitatea de exerciţiu a societăţii.

Dacă renunţarea administratorului la funcţia încredinţată, fiind intempestivă, provoacă societăţii daune, societatea are dreptul la despăgubiri[1] (art. 391 C.com.; art. 1556 alin. 2 C.civ.).

2.4.3. Încetarea raporturilor juridice dintre administrator şi societate prin revocarea administratorului.

Revocabilitatea mandatului, implicit a mandatului de administrator, este de esenţa acestuia. Revocabilitatea *ad nutum* (discreţionară) a funcţiei de administrator este un principiu care suferă foarte puţine excepţii. Fostul art. 122 C.com. (actualmente abrogat) prevedea că societatea anonimă este administrată de către unul sau mai mulţi ***mandatari***, temporari, ***revocabili***, asociaţi sau nu. Iar art. 134 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 prevede că societatea pe acţiuni este administrată de unul sau mai mulţi administratori temporari şi ***revocabili***. Acest principiu este atât de puternic încât, chiar dacă revocarea ar fi abuzivă, administratorul revocat nu are dreptul la reintegrarea în funcţie, ci doar la daune-interese din partea societăţii pentru prejudiciul cauzat prin revocarea intempes-

[1] Vz. în acelaşi sens, ST. D. CĂRPENARU, *"Administrarea societăţilor comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990"*, RDC nr. 2/1993, p. 37.

Scanned with OKEN Scanner

tivă sau fără o justă cauză (art. 391 C.com.)[1], prejudiciu ce ar putea consta în imaginea negativă creată administratorului printr-o astfel de revocare.

În literatura juridică interbelică[2] se consideră că administratorii societăţilor de persoane, fiind mandatari ai societăţii, ei nu pot fi revocaţi dacă mandatul le-a fost conferit prin actul constitutiv, întrucât o astfel de revocare ar însemna modificarea contractului de societate (cu excepţia cazului de fraudă). Dacă, însă, mandatul a fost conferit de adunarea generală a asociaţilor, mandatul poate fi revocat de majoritatea asociaţilor, însă, când revocarea se face fără justă cauză, se pot pretinde daune. În doctrina contemporană[3] s-a susţinut, de asemenea, că administratorii societăţilor în nume colectiv numiţi prin actul constitutiv sunt, în principiu, nerevocabili, întrucât legea nu prevede expres revocabilitatea unor astfel de administratori, fapt pentru care s-a considerat că, în asemenea situaţii se aplică dispoziţiile art. 1514 alin. 2 C.civ. din materia societăţii civile (asociatul însărcinat prin contractul de societate să reprezinte în raporturile cu terţii societatea nu poate fi revocat în cursul existenţei societăţii decât pentru o ***cauză legitimă***[4]; dacă această însărcinare i s-a acordat printr-un act posterior contractului de societate, atunci se poate revoca întocmai ca un simplu mandatar). Totuşi, şi în aceste situaţii (inclusiv în situaţia societăţilor cu răspundere limitată care sunt administrate, în esenţă, după regulile de la societatea în nume colectiv, prin trimiterea pe care o face art. 192 alin. 3 la aceste reguli), principiul revocabilităţii *ad nutum* a mandatului îşi găseşte deplină aplicabilitate, întrucât, pe de o parte, societatea poate să-l revoce pe administratorul numit prin

---

[1] Vz. în acelaşi sens, ST. D. CĂRPENARU, *lucr. cit.*, p. 37.

[2] I.N. FINŢESCU, *Curs de drept comercial*, Bucureşti 1929, p. 201, citat în Codul comercial adnotat, p. 170.

[3] C. BÎRSAN şi colectiv, *"Societăţile comerciale"*, Casa de editură şi presă "Şansa" SRL, Bucureşti, 1995, vol. I, p. 200.

[4] Aşa cum se va arăta, nici managerul nu poate fi revocat decât pentru o *cauză legitimă*, în sistemul Legii nr. 66/1993 privind contractul de management.

Scanned with OKEN Scanner

contractul de societate prin procedura modificării actului constitutiv, cu unanimitatea voturilor asociaţilor[1] iar, pe de altă parte, chiar dacă revocarea ar avea o cauză nelegitimă, adică ar fi abuzivă, administratorul revocat nu ar avea dreptul la reintegrare în funcţie, ci la eventuale daune-interese (art. 391 C.com.).

Revocarea administratorului este de competenţa exclusivă a adunării generale; art. 152 (care permite acţionarilor minoritari să-l acţioneze în răspundere pe administrator pentru recuperarea prejudiciului creat prin actele juridice ale acestuia, atunci când adunarea generală refuză să o facă, datorită influenţei administratorului asupra adunării) nu constituie o excepţie de la această regulă, pentru că se permite recuperarea unui prejudiciu şi nu revocarea administratorului culpabil de producerea acestui prejudiciu.

O problemă practică deosebită care se pune este aceea dacă, în cazul în care se intenţionează revocarea înainte de termenul mandatului a administratorilor numiţi prin actul constitutiv (numirea acestora reprezintă clauză a actului constitutiv) o astfel de revocare ar reclama sau nu o modificare a actelor constitutive ale societăţii, cu toată procedura aferentă prevăzută de art. 199 din lege.

În doctrină s-a arătat că în societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată, dacă administratorii au fost desemnaţi prin contractul de societate, revocarea lor se va face cu votul unanim al asociaţilor[2], o astfel de revocare implicând şi modificarea actelor constitutive ale societăţii.[3]

---

[1] Dacă administratorul este şi asociat, el nu poate participa la adunarea generală în care se discută revocarea sa din funcţia de administrator, întrucât, în această problemă, ar avea interese contrare societăţii (art. 79 alin. 1).

[2] ST. D. CĂRPENARU, *lucr.cit.*, p. 36.

[3] Vz. în acest sens, DAN CIOBANU, *Observaţii în legătură cu câteva prevederi inconsistente sau neclare ale Legii nr. 31/1990*, Dreptul nr. 10-11/1994, p. 25. Combătând teza lui V. PĂTULEA (*"Dacă schimbarea administratorului trebuie considerată ca fiind o modificare a actelor constitutive ale societăţii"*, Dreptul nr. 8/1992, p. 70) conform căreia trebuie să se facă o distincţie între modificările ***de substanţă*** şi modificările care nu ating

Achiesând la aceste soluţii doctrinale, să mai adăugăm că, datorită naturii juridice duble - de contract şi, în acelaşi timp, de persoană juridică, de instituţie - a societăţii comerciale, modificarea actelor constitutive ale societăţilor comerciale nu se poate realiza doar prin acordul părţilor contractante (asociaţi) la modificarea clauzelor contractuale (conform art. 969 alin. 2 C.civ.). Acest acord de voinţe trebuie completat cu formalităţile de publicitate prevăzute *ad validitatem* în art.199 din lege (înscrierea menţiunii de modificare în Registrul Comerţului, pe baza actului adiţional autentificat de completare ori modificare a clauzelor contractuale, urmată de publicarea în Monitorul Oficial). Pe de altă parte, regula convenţională a unanimităţii acordului de voinţe este înlocuită, de obicei, cu regula instituţională a majorităţii, voinţa tuturor asociaţilor fiind înlocuită cu decizia organului de conducere (care trebuie să urmărească, în primul rând, interesul societăţii şi abia apoi interesul personal al asociaţilor). Pornind de la acest argument, în doctrină s-a exprimat opinia, sub reglementarea iniţială a Legii nr. 31/1990 ca şi în societatea de persoane regula unanimităţii, rezultată din caracterul *intuitu personae* al acestei societăţi să fie inlocuită cu regula majorităţii, mai ales pentru a se evita unele blocaje decizionale şi

---

substanţa actului constitutiv, acestea din urmă nereclamând procedura de modificare a actelor constitutive şi, în primul rând, votul tuturor asociaţilor, iar o modificare care nu atinge substanţa actului constitutiv ar fi şi revocarea administratorilor care au fost numiţi prin actul constitutiv, acelaşi autor citat mai înainte arăta (p. 23) că art. 140 din lege (actualmente art. 187 alin. 2) şi art. 969 alin. 2 C.civ. nu fac distincţie între modificări de substanţă şi cele ce nu ating substanţa contractului, cerând în orice situaţie unanimitatea voturilor (dacă prin actul constitutiv nu se decide altfel - n.n. G.P.). Acelaşi autor în lucrarea citată remarca faptul că dispoziţiile art. 142 alin. 1 lit. b (actualmente art. 189 alin. 1 lit. b) din lege reprezintă o excepţie de la regula că în această societate, modificările actului constitutiv se realizează cu votul tuturor asociaţilor; în realitate, acest text se referă la situaţia în care administratorul respectiv a fost numit de adunarea generală, ulterior constituirii, şi nu prin actul constitutiv, pentru că, în acest caz se revine la regula unanimităţii, fiind vorba de modificarea unor clauze ale actului constitutiv (art. 189 lit. d coroborat cu art. 187 alin. 2).

Scanned with OKEN Scanner

abuzul unor asociaţi.[1] În noua reglementare, cel puţin în ce priveşte societatea cu răspundere limitată, principiul unanimităţii votului asociaţilor în cazul modificării actelor constitutive ale societăţii, a suferit o importantă atenuare, art. 187 alin. 2 dispunând că pentru astfel de acte este necesar ca hotărârea să se ia cu votul tuturor asociaţilor (mai precis asociaţii care au drept de vot, pentru că dacă administratorul ce se propune a fi revocat este şi asociat, el nu are drept de vot în această problemă - art. 79 alin. 1 din lege), dacă ***legea*** sau ***actul constitutiv nu dispune astfel.***

Rezultă că, în societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată administratorul numit prin actul constitutiv nu poate fi revocat decât cu procedura modificării actelor constitutive (art. 77 alin. 2 impune o astfel de soluţie), asociaţii putând decide această revocare cu unanimitatea voturilor sau cu majoritatea stabilită în actul constitutiv (în societatea cu răspundere limitată).

În ce priveşte, însă, societăţile ***de capitaluri***, este dominantă opinia conform căreia administratorii sunt revocaţi de adunarea generală ordinară (cu cvorumul şi majoritatea specifice), indiferent dacă administratorii au fost desemnaţi prin actul constitutiv sau printr-o decizie a adunării generale ordinare.[2]

Cu toate că, din punct de vedere practic, o astfel de soluţie este mult mai convenabilă (decât soluţia pe care o considerăm corectă conform legii) societăţilor de capitaluri, în care nu mai primează calităţile personale ale asociaţilor (acţionari), ci aportul lor la capitalul social, în care principiul majorităţii este o regulă aproape fără excepţie[3] şi faţă de care formalităţile de

---

[1] I. CERNĂIANU, *"Modificarea documentelor constitutive ale societăţii comerciale cu răspundere limitată"*, Dreptul nr. 3/1992, p. 31-32.

[2] ST. D. CĂRPENARU, *lucr.cit.*, p. 36.

[3] Singura excepţie de la acest principiu, la cunoştinţa noastră, o reprezintă art. 205 alin. 4, conform căruia mărirea capitalului social al societăţii pe acţiuni prin majorarea valorii nominale a acţiunilor poate fi hotărâtă numai cu votul ***tuturor*** acţionarilor, cu excepţia cazului când este realizată prin încorporarea rezervelor, a beneficiilor sau primelor de emisiune.

Scanned with OKEN Scanner

convocare, votare, publicitate a hotărârilor adunărilor generale sunt costisitoare şi îndelungate[1], această soluţie nu poate fi privită decât ca o propunere *de lege ferenda*.

Când administratorii sunt numiţi prin actul constitutiv al societăţii comerciale, revocarea lor înseamnă o modificare a unei clauze contractuale inserate în actul constitutiv, ceea ce presupune îndeplinirea condiţiilor de fond (hotărârea adunărilor generale extraordinare, luată în acest sens, cu cvorumul şi majorităţile specifice) şi de formă (formalităţile de publicitate, prevăzute de lege pentru validitatea unei modificări a actelor constitutive.

În plus, revocarea, în general, a administratorilor nu figurează printre atribuţiile adunării generale ***ordinare*** (cu atât mai puţin nu este în competenţa adunării generale ordinare revocarea înainte de termenul mandatului a administratorilor care au fost numiţi prin actul constitutiv).

Este adevărat că adunarea generală ordinară are competenţa, conform art. 111 alin. 2 lit. b din lege ***să aleagă*** pe administratori, iar dacă îi poate alege, îi poate şi revoca. Dar acest argument nu poate fi extrapolat la situaţia analizată, pentru că administratorii respectivi nu au fost aleşi (numiţi) de adunarea generală ordinară, ci de toţi ***acţionarii***, în adunarea generală constitutivă. Modificarea unei astfel de alegeri nu poate fi decât de competenţa adunării generale extraordinare, revocarea mandatului expres trebuind să fie făcută în aceeaşi formă cu care el a fost dat (art. 399 C.com.).

Concluzia noastră este că şi în societăţile de capitaluri revocarea înainte de termenul mandatului a administratorilor numiţi (aleşi) prin actul constitutiv este un caz de modificare a acestuia, cu procedura prevăzută de art.199, cu toate inconvenientele acestei proceduri (aceste inconveniente determină opinia noastră în sensul ca soluţia prezentată mai sus şi adoptată de prof. St. D. Cărpenaru să fie luată ca o propunere *de lege ferenda*).

---

[1] Aceste inconveniente pot fi acoperite în societatea pe acţiuni prin procedura numirii unui administrator provizoriu în locul celui revocat (art. 151).

Scanned with OKEN Scanner

2.4.4. Revocarea managerului

Contractul de management fiind, aşa cum s-a mai arătat, un contract de mandat comercial (şi nu un contract de muncă), înseamnă că, în principiu, şi revocarea managerului urmează aceleaşi reguli, arătate deja, referitoare la revocarea mandatarului. De altfel, art. 24 din Legea nr. 66/1993 privind contractul de management dispune că această lege se completează cu Codul Comercial, codul civil, dispoziţiile referitoare la administratori din Legea nr. 31/1990, dar nu şi cu dispoziţiile codului muncii.[1] Întrucât managerul societăţilor comerciale în care statul deţine mai mult de 50% din capitalul social înlocuieşte Consiliul de Administraţie al acelei societăţi (art. 8 din Legea nr. 66/1993) înseamnă că managerul este un "organ" al societăţii, în înţelesul Decretului nr. 31/1954. Revocarea managerului este, ca şi numirea sa, de competenţa exclusivă a adunării generale (constituită, în cazul dat, din reprezentanţi ai FPS, în principal).

Specificul problemei revocării managerului - persoană fizică este dat de faptul că Legea nr. 66/1993 prevede unele dispoziţii de protecţie socială a acestuia. De aceea, în doctrină[2] s-a considerat că acest contract de management (în care managerul este o persoană fizică) are unele asemănări cu contractul de muncă. Astfel, Legea nr. 66/1993 are un capitol special (art. 18 şi urm.) referitor la protecţia socială a managerului. Pe de altă parte, posibilitatea de revocare a managerului este ***limitată*** la cazul neîndeplinirii obligaţiilor din contract (art. 16 alin. 1 lit. b din Legea nr. 66/1993), societatea având obligaţia ***preavizării***[3] managerului de intenţia sa de a-l

---

[1] În acest sens, vz. S. BELIGRĂDEANU, "*Revocarea managerului în temeiul legii contractului de management*", Dreptul, nr. 10-11/1994, p. 17; D. CLOCOTICI, GH. GHEORGHIU, "*Natura juridică a contractului de management*" în RDC nr. 2/1994, p. 44 - aceşti din urmă autori consideră că activitatea managerului este specifică mandatului comercial cu reprezentare, dar sfera activităţii lui excede limitele mandatului, pentru că managerul este "organ" al persoanei juridice, în înţelesul Decretului. nr. 31/1954.

[2] S. BELIGRĂDEANU, *lucr.cit.*, Dreptul nr. 10-11/1994, p.18.

[3] Această soluţie are deja o consacrare jurisprudenţială. Vz. Hot. nr. 5/20.06.1996 a Tribunalului arbitral de pe lângă Camera de Comerţ şi

Scanned with OKEN Scanner

revoca (tipic desfacerii contractului de muncă este ***preavizul*** la care este obligat patronul, când intenţionează să-l licenţieze pe angajat - art. 131 C. muncii).

Dar, cu toate aceste considerente de protecţie socială a managerului, datorită caracterului *intuitu personae* al mandatului managerului, acesta nu are dreptul la reintegrarea în funcţie când revocarea sa ar fi abuzivă; în această situaţie, managerul revocat nu poate cere decât daune-interese[1] (chiar şi morale, constând în prejudiciul de imagine, întrucât, în mediul de afaceri, revocarea unui manager înseamnă, cel puţin la prima vedere, incompetenţa sau frauda acestuia în exercitarea funcţiei, lucru valabil de altfel, pentru orice administrator de societate comercială). Rezultă că şi în cazul revocării abuzive, măsura revocării este definitivă, deci caracterul esenţialmente revocabil al mandatului se menţine. De altfel, în jurisprudenţa interbelică[2] s-a statuat că "mandatul", chiar arbitar retras nu poate fi menţinut în justiţie contra voinţei mandatarului; singurul drept al mandatarului, în asemenea împrejurare, este acela al unei acţiuni în daune, iar nu în integrare, ***fiindcă încrederea care stă la baza mandatului nu poate fi impusă***.

Să mai adăugăm că şi dreptul managerului de a renunţa la mandat este limitat; acest drept poate fi exercitat numai în situaţia neasigurării de către societate a condiţiilor de exercitare a funcţiei prevăzute în contractul de management ori în alte situaţii întemeiate (art. 16 alin. 1 lit. c şi alin. 2 din Legea nr. 66/1993) cu obligaţia de preavizare a societăţii. Or, demisia, conform codului muncii, este un act unilateral, fără nici o limitare sau obligaţie de justificare din partea demisionarului.[3]

Industrie şi Navigaţie Constanţa, citată de D. CLOCOTICI, în "*Aspecte teoretice privind arbitrajul comercial şi practica de soluţionare a litigiilor comerciale de către Tribunalul arbitral de pe lângă C.C.I.N. Constanţa*", p. 105-106, RDC nr. 10/1996.

[1] *Ibidem*, p. 106, RDC, nr. 10/1996.

[2] Pentru revocabilitatea *ad nutum* a funcţiei de administrator în general, a se vedea şi Curtea de Casaţie şi Justiţie Secţia I, Dec. nr. 656/1925, în "*Practica judiciară în materia comercială*", vol. II, Ed. Lumina, Bucureşti, 1991, p. 41.

[3] S. BELIGRĂDEANU, *lucr.cit.*, Dreptul, nr. 10-11/1994, p. 18.

Scanned with OKEN Scanner

2.4.5. Încetarea raporturilor juridice dintre societatea de administrare a investiţiilor şi societatea de investiţii colective pe care o administrează intervine, aşa cum dispune art. 39 din O.G. nr. 24/1993 cu condiţia:

a) notificării prealabile, cu minimum 90 de zile înainte, a deciziei de denunţare a contractului de administrare;

b) acceptării de către CNVM a unei cereri a deţinătorilor a cel puţin 30% din acţiunile societăţii de investiţii colective aflate în administrare, pentru înlocuirea societăţii de administrare;

c) retragerii de către CNVM a autorizaţiei acordate societăţii de administrare a investiţiilor datorită nerespectării dispoziţiilor legale şi reglementărilor privind activităţile unei societăţi de administrare a investiţiilor.

În termen de 90 de zile de la apariţia cauzelor enunţate, acţionarii societăţii de investiţii colective, care funcţionează în baza contractului de administrare a investiţiilor vor decide cu majoritate de voturi (majoritate specifică adunării generale extraordinare), fie acceptarea unei alte societăţi de administrare a investiţiilor, fie fuziunea cu o altă societate de investiţii, fie lichidarea societăţii de investiţii. În toate cele trei situaţii alternative, se urmează şi procedura modificării actelor constitutive la Registrul Comerţului (chiar şi atunci când se decide schimbarea societăţii de administrare, căci e vorba de clauze ale actului constitutiv al societăţii de investiţii colective, societate care nu se poate constitui decât dacă prezintă CNVM dovada că a încheiat un contract de administrare cu o societate de administrare).

Din cele arătate rezultă că, deşi contractul de administrare de investiţii este tot un contract de mandat comercial, încetarea sa este supusă unor condiţii specifice, derogatorii de la dreptul comun, reguli ce se impun datorită principiului protecţiei investitorilor, care guvernează legislaţia valorilor mobiliare.

2.4.6. Revocarea înainte de expirarea termenului mandatului este o formă ***de răspundere a administratorului***, o sancţiune aplicată administratorului de către adunarea generală pentru

Scanned with OKEN Scanner

incompetenţă, ineficienţă sau fraudă, fiind determinată, în majoritatea cazurilor, de evaluarea negativă pe care o fac asociaţii cu privire la rezultatele activităţii unui administrator.[1]

Caracterul de sancţiune al revocării administratorului este şi mai pregnant în cazul în care această măsură este luată în cadrul sau în prealabil unei acţiuni în răspundere contra administratorului, când se urmăreşte recuperarea prejudiciului cauzat societăţii prin activitatea ineficientă, incompetentă sau frauduloasă a administratorului, revocarea fiind utilă pentru a elimina posibilităţile de influenţare a asociaţilor în sensul nedemarării acţiunii în răspundere de către adunarea generală.

Pe de altă parte, măsura revocării administratorului este o măsură ***de control*** al investitorilor (în sensul cel mai larg al termenului) asupra activităţii administratorului, măsură care face parte dintr-o serie întreagă de alte posibilităţi de control al acestei activităţi: acţiunea în răspundere (care aparţine şi acţionarilor minoritari atunci când adunarea generală refuză o astfel de acţiune, datorită influenţei exercitate de administraţie), controlul prin cenzori, prin falimentul societăţii, sau prin diversele proceduri pre-falimentare, prin vânzarea rapidă de către investitori a acţiunilor pe care le posedă etc.

În economia de piaţă, aceste posibilităţi de control sunt diversificate, unele fiind mai eficiente, altele mai puţin eficiente, în funcţie şi de specificul şi tradiţiile de sistem.[2]

Cert este, însă, că aceste măsuri de control sunt menite să asigure protecţia intereselor investitorilor şi eficienţa activităţii societăţii.

---

[1] În acelaşi sens, D. CIOBANU, *lucr. cit.*, Dreptul nr. 10-11/1994, p. 25.

[2] JOHN D. SULLIVAN, în "Cuvântul înainte" al lucrării "*Administrarea societăţilor pe acţiuni ...*" cit. supra, sublinia că "sistemul funcţionează pentru că preţuieşte şi cultivă responsabilitatea; managerii care nu reuşesc să susţină şi să contribuie la dezvoltarea companiilor lor conform cu speranţele acţionarilor atrag, eventual, mânia acestora [...]; acţionarii care încep să-şi piardă încrederea în conducerea societăţii îşi rezervă întotdeauna dreptul de a-şi vinde acţiunile la preţul pieţei, exprimându-şi în acest mod teama inevitabilă că valoarea acţiunilor firmei stagnează sau începe să scadă".

Scanned with OKEN Scanner

Pieţele de produse reprezintă un mecanism de control care disciplinează comportamentul managerial prin intermediul ameninţării cu înlăturarea companiilor ineficiente: administratorii trebuie să orienteze activitatea firmei către realizarea de produse şi/sau servicii care să aibă asigurată o piaţă de desfacere. Altfel, se ajunge la situaţia tipică economiei noastre de tranziţie în care fostele întreprinderi socialiste de stat, pe baza unor schematisme deprinse pe vremea "planului naţional unic de dezvoltare economică şi socială" realizează mărfuri, produse nevandabile sau foarte greu vandabile datorită nivelului calitativ scăzut ori lipsei cerinţei de piaţă pentru aceste mărfuri; cu toate că acest lucru este deja banal, aceste întreprinderi se complac în continuare în această situaţie, celebra "producţie de stoc" (mărfuri care nu se pot vinde) continuă, iar administratorii acestor întreprinderi se zbat în aşa-zisul blocaj financiar (ei găsesc, de altfel, o scuză frecventă în acest "blocaj financiar", pentru a-şi justifica lipsa de orientare pe piaţă).

Falimentul societăţii (sau diversele măsuri pre-falimentare) reprezintă şi el o măsură extremă de control, prin ameninţarea pe care o reprezintă la adresa administratorilor vinovaţi de aducerea societăţii în încetare de plăţi: ei pot fi obligaţi să suporte o parte din întregul său pasiv social, în cazul în care activul social nu e suficient pentru acoperirea tuturor datoriilor societăţii, nemaivorbind de eventualul faliment personal ori de sancţiunile penale ce pot apărea. Dar această măsură îşi poate dovedi eficienţa doar atunci când la baza deciziilor manageriale stau criterii de concurenţă, iar falimentul este perceput ca o măsură tot atât de normală ca şi decesul persoanei fizice; legislaţia română a falimentului este însă, mult prea îngăduitoare cu societăţile care ajung în încetare de plăţi şi mai ales, este prea îngăduitoare cu administratorii acestor societăţi.

În afară de aceste măsuri, investitorii pot şi indirect să aducă managementul societăţii în situaţia de a-şi schimba atitudinea şi modul de conducere a activităţii societăţii: ei pot

Scanned with OKEN Scanner

decide să-şi lichideze societatea sau să oprească finanţarea acesteia prin refuzul de a participa la majorarea capitalurilor proprii ale societăţii[1].

Nereuşind să obţină alte surse de finanţare, managerii, inevitabil, vor trebui schimbaţi; investitorii care, deşi cunosc activitatea slabă a societăţii, au încrederea că potenţialul acestei societăţi este ridicat, pot ajunge la ***preluarea***[2] societăţii, cu schimbarea evidentă a managerului. Totuşi, investitorii trebuie să beneficieze, în vederea atingerii acestui scop, de o piaţă a valorilor mobiliare solidă şi eficientă; or, această piaţă este încă în stadiul incipient la noi, fapt pentru care este cert că eficienţa unor astfel de măsuri, cel puţin în acest moment, va fi scăzută (mai ales în societăţile de stat cotate pe piaţa extrabursieră, unde asemenea măsuri ar putea duce la restructurarea şi eficientizarea activităţii lor, societăţi care "beneficiază" de un anumit imobilism decizional şi de un schematism de gândire). Pe piaţa liberă a preluărilor (take over) firmele cotate sunt supuse licitării permanente: dacă valoarea firmei scade sub nivelul pe care o altă administraţie crede că îl poate atinge, atunci cea de-a doua administraţie o poate prelua pe prima, realizând un profit. De aceea, ameninţarea cu preluarea încurajează (forţează, mai precis) administraţia în funcţie să ***acţioneze continuu în interesul acţionarilor*** prin maximizarea valorii firmei.[3] Spre exemplu, dacă o fuziune cu altă firmă ar fi necesară pentru tehnologizarea firmei ori pentru extinderea pieţei de desfacere a produselor sau serviciilor firmei, administratorii s-ar putea împotrivi fuziunii; aceasta este urmată

---

[1] Pentru amănunte vz. VÉRONIQUE BOURGNINAUD, "*Droit des entreprises en difficulté*", Economica, 2e edition, Paris 1995, p. 13-42 (prevention interne et externe).

[2] Conform art. 2 lit. f din Legea nr. 52/1994, preluarea este o tranzacţie sau o serie de tranzacţii cu valori mobiliare, conferind persoanei sau grupului de persoane implicate, prin titlurile astfel dobândite, singur sau împreună cu cele deja deţinute sau controlate, o poziţie de control (între 33% şi 50% din capitalul social) sau majoritară (peste 50%) în participare la capitalul emitentului.

[3] Vz. şi COLIN MAYER, în "*Administrarea societăţilor pe acţiuni ...*", p. 25.

Scanned with OKEN Scanner

întotdeauna de reduceri de personal, reduceri ale producţiei unor mărfuri ce nu mai au căutare pe piaţă, într-un cuvânt, raţionalizarea activităţii, ceea ce înseamnă şi reducerea posibilităţilor de control asupra activităţii firmei de către aceşti administratori. Este cunoscut eşecul fuziunii dintre Volvo şi Renault (negocierile se pare că au durat 2 ani, dar au eşuat datorită împotrivirii managementului celor două firme). Scopul administraţiei trebuie, de aceea, să conveargă către interesul acţionarilor.

Aşa cum se remarca în literatura de specialitate occidentală[1], "sistemele de societăţi pe acţiuni din Europa continentală sunt dominate mai degrabă de companii necotate la bursă decât de cele cotate. Proprietatea asupra societăţilor cotate, de altfel, este concentrată în mâna câtorva acţionari care deţin mari pachete de acţiuni [...] controlul fiind exercitat direct de către aceşti acţionari. Totuşi, acest control este moderat de necesitatea ca, pe măsura dezvoltării, firma să îşi extindă reprezentarea către alte părţi interesate: acţionarii minoritari şi salariaţii. În Marea Britanie şi Statele Unite, însă, există un mare număr de societăţi cotate unde proprietatea asupra acţiunilor este dispersată, acţionarii mari fiind puţini. Controlul se exercită indirect prin intermediul membrilor fără funcţii executive ai consiliului de administraţie, al preluărilor, al ameninţării falimentului şi al structurilor administrative stimulatoare. Consiliile de administraţie răspund, însă, exclusiv în faţa acţionarilor".

[1] *Ibidem*, p. 32.

Scanned with OKEN Scanner

CAPITOLUL III
RĂSPUNDEREA JURIDICĂ A ADMINISTRATORULUI

Subcap. I. NOȚIUNI GENERALE DESPRE RĂSPUNDEREA JURIDICĂ

Dacă actele de gestiune inspirate şi corecte ale administratorilor pot aduce beneficii şi prosperitate societăţii, în aceeaşi măsură, actele de gestiune greşită, imprudenţa, faptele ilicite ale administratorului săvârşite în exercitarea mandatului său pot păgubi sau ruina atât societatea, cât şi pe asociaţi sau persoanele străine de societate.[1] Actele şi faptele juridice ale administratorului săvârşite în exercitarea atribuţiilor sale pot antrena şi în sarcina acestuia, distinct de societate, diferite forme de răspundere juridică (civilă, penală, contravenţională). De aceea, putem afirma că ***administratorul exercită o funcţie periculoasă*** pentru el însuşi, dar şi pentru societate sau pentru terţi, ceea ce justifică un regim de răspundere civilă specific; dacă actele sau faptele prejudiciabile ale administratorilor au gravitatea şi pericolul social ale unor infracţiuni, se angajează şi

---

[1] Referindu-se în special la societăţile cu capital de stat, V. PĂTULEA arată, în Revista Dreptul nr. 1/1996, p. 3, cu deplin temei, că "nu toate rezultatele negative ce se constată în activitatea societăţilor comerciale cu capital de stat se datorează unor condiţii obiective şi dificultăţi specifice etapei de tranziţie la economia de piaţă sau lipsei ori insuficienţei resurselor şi tehnologiilor învechite, depăşite fizic şi moral. O bună parte dintre ele au şi o cauzalitate subiectivă, rezidând în: ***incompetenţă***, ***indolenţă***, ***neglijenţă***, şi, nu în ultimul rând, în ***abuz*** şi ***arbitrariu***, la care se adaugă ***necinstea***, aşa încât se pun probleme de răspundere civilă, penală, contravenţională ...".

Scanned with OKEN Scanner

CAPITOLUL III
RĂSPUNDEREA JURIDICĂ A ADMINISTRATORULUI

Subcap. I. NOȚIUNI GENERALE DESPRE RĂSPUNDEREA JURIDICĂ

Dacă actele de gestiune inspirate şi corecte ale administratorilor pot aduce beneficii şi prosperitate societăţii, în aceeaşi măsură, actele de gestiune greşită, imprudenţa, faptele ilicite ale administratorului săvârşite în exercitarea mandatului său pot păgubi sau ruina atât societatea, cât şi pe asociaţi sau persoanele străine de societate.[1] Actele şi faptele juridice ale administratorului săvârşite în exercitarea atribuţiilor sale pot antrena şi în sarcina acestuia, distinct de societate, diferite forme de răspundere juridică (civilă, penală, contravenţională). De aceea, putem afirma că ***administratorul exercită o funcţie periculoasă*** pentru el însuşi, dar şi pentru societate sau pentru terţi, ceea ce justifică un regim de răspundere civilă specific; dacă actele sau faptele prejudiciabile ale administratorilor au gravitatea şi pericolul social ale unor infracţiuni, se angajează şi

---

[1] Referindu-se în special la societăţile cu capital de stat, V. PĂTULEA arată, în Revista Dreptul nr. 1/1996, p. 3, cu deplin temei, că "nu toate rezultatele negative ce se constată în activitatea societăţilor comerciale cu capital de stat se datorează unor condiţii obiective şi dificultăţi specifice etapei de tranziţie la economia de piaţă sau lipsei ori insuficienţei resurselor şi tehnologiilor învechite, depăşite fizic şi moral. O bună parte dintre ele au şi o cauzalitate subiectivă, rezidând în: ***incompetenţă***, ***indolenţă***, ***neglijenţă***, şi, nu în ultimul rând, în ***abuz*** şi ***arbitrariu***, la care se adaugă ***necinstea***, aşa încât se pun probleme de răspundere civilă, penală, contravenţională ...".

Scanned with OKEN Scanner

răspunderea penală a acestora; alte forme de răspundere pot fi implicate (contravenţională, fiscală, revocarea mandatului etc.).

Răspunderea juridică, *lato sensu*, reprezintă sancţiunea dreptului pozitiv şi are natura, pe de o parte, a unei obligaţii în sarcina celui vinovat de a suporta consecinţele stabilite de lege pentru săvârşirea unei fapte ilicite, fapta ilicită constând în încălcarea unei dispoziţii legale, a unui drept subiectiv sau a unui interes legal proteguit; pe de altă parte, răspunderea juridică este şi un ***drept***[1] al persoanei vătămate prin săvârşirea faptei ilicite de a cere restabilirea ordinii de drept încălcate (aceasta poate avea, în funcţie de formele răspunderii, forma acţiunii penale, a acţiunii civile în despăgubire, a sancţiunii contravenţionale etc.).[2]

Restabilirea ordinii de drept încălcate se realizează în principiu cu concursul constrângerii de stat.[3] În cazul răspunderii reparatorii (răspunderea civilă, răspunderea materială) există posibilitatea ca repararea prejudiciului cauzat prin faptă ilicită să se realizeze fără a se apela la forţa coercitivă a statului, pe cale amiabilă: persoana vătămată prin delictul civil poate să se înţeleagă cu autorul delictului civil asupra modalităţilor şi cuantumului despăgubirilor (fără ca, în prezenţa unei

---

[1] Persoana vătămată poate decide să nu îşi exercite acest drept, când legea îi permite: retragerea plângerii prealabile constituie motiv de încetare a procesului penal şi de înlăturare a răspunderii penale (art.10 lit. h C.p.pen.); nu poate renunţa la acest drept organul de stat care a pus în mişcare acţiunea penală, căci se opune principiul oficialităţii (art. 2 C.p.pen.), dar persoana prejudiciată printr-un delict civil poate renunţa oricând la acţiunea civilă (chiar şi când aceasta ar fi fost exercitată într-un proces penal).

[2] Vz. pt. explicaţii ample, C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 199 (pentru natura juridică a răspunderii civile delictuale) şi p. 297 (pentru natura juridică a răspunderii contractuale). Pentru răspunderea penală, C. BULAI, "*Manual de drept penal - Partea generală*", Editura All, Bucureşti, 1997, p. 310-312.

[3] Unii autori (C. BÎRSAN ş.a., *op.cit.*, vol. I, p. 300) afirma chiar că, într-un fel sau altul, direct sau indirect, răspunderea juridică este o răspundere faţă de stat, care este chemat sa restabilească ordinea de drept şi statală ori de câte ori aceasta este încălcată, indiferent dacă persoana vătămată ar fi o persoană fizică sau o persoană juridică (de drept public sau de drept privat) ori însuşi statul.

Scanned with OKEN Scanner

astfel de tranzacţii, să înceteze a mai fi vorba de o răspundere juridică) sau poate să renunţe la a-l acţiona în justiţie pe autor.

Răspunderea juridică poate fi antrenată dacă în persoana făptuitorului se întrunesc condiţiile răspunderii. Astfel:

a) pentru a fi responsabilă din punct de vedere juridic, persoana (fizică) autoare a faptei ilicite trebuie să fi acţionat liber, neconstrâns, având capacitate de discernământ a faptelor sale şi voinţa liberă; să existe vinovăţie;

b) obiectiv, răspunderea juridică există dacă:

- există o faptă ilicită, prin care se încalcă o dispoziţie a legii, un drept subiectiv al altei persoane sau un interes legalmente protejat;
- există un rezultat păgubitor al faptei ilicite (prejudiciu sau, la infracţiunile formale, o stare de pericol) în dauna unei alte persoane decât autorul faptei;
- există legătura de cauzalitate între fapta ilicită şi rezultatul păgubitor;
- nu există cauze care să înlăture caracterul ilicit al faptei, vinovăţia făptuitorului sau consecinţele faptei ilicite.

Aceste condiţii sunt generice; în funcţie de forma răspunderii juridice, condiţiile răspunderii capătă şi unele aspecte specifice sau sunt completate cu condiţii suplimentare.

Răspunderea juridică, formă a răspunderii sociale, se poate regăsi sub mai multe forme (răspunderea civilă, penală, materială, administrativă, disciplinară etc.), acestea putând fi clasificate, pe criteriul naturii sancţiunii, în două mari categorii:

a) o răspundere cu caracter patrimonial, ***reparatoriu***, în care primează ideea de reparare a unui prejudiciu şi care se concretizează într-o obligaţie ***de reparare*** a prejudiciului; includem în această categorie răspunderea civilă (contractuală sau delictuală) şi răspunderea materială;

b) o răspundere cu caracter aflictiv, ***sancţionatoriu***, în care primează ideea de sancţiune, de pedeapsă (*lato sensu*) aplicabilă autorului faptei ilicite; includem aici răspunderea penală, contravenţională şi disciplinară.

Scanned with OKEN Scanner

Remarcăm însă că cele două grupe de răspundere se pot întrepătrunde, în anumite situaţii, împrumutând, reciproc, din caracteristicile proprii celeilalte categorii.

Astfel, răspunderii civile nu-i este total străină ideea de sancţiune, mai ales dacă avem în vedere scopul său educativ şi preventiv[1] sau unele instituţii, cum ar fi amenzile civile sau daunele cominatorii[2] care au caracterul unor ***pedepse civile***.

Tot astfel, răspunderea contravenţională, pe lângă faptul că realizează o sancţionare a autorului contravenţiei, poate genera şi creanţe bugetare, ale statului (este cazul, în special, al amenzilor contravenţionale), după cum poate implica şi obligaţia autorului contravenţiei de a despăgubi pe victima faptei contravenţionale.

Legea nr. 32/1968 reglementează ***constatarea şi sancţionarea*** contravenţiilor; Ordonanţa Guvernului nr. 11/1996 privind executarea creanţelor bugetare (M.Of. nr. 3/31.01.1996) reglementează ***executarea silită a creanţelor statului*** (creanţe ce pot rezulta, între altele, şi din amenzi contravenţionale). În practică s-a pus problema aplicabilităţii acestor două acte normative cu putere egală (de lege) atunci când este în discuţie ***prescripţia executării*** sancţiunii. Având în vedere principiul enunţat în text, putem afirma cu fermitate că executarea ***sancţiunii*** amenzii contravenţionale se prescrie în termen de 1 an de la constatarea acesteia, conform art. 14 din Legea nr. 32/1968 (şi asta chiar dacă cel sancţionat a exercitat calea de atac a plângerii împotriva procesului verbal de contravenţie), pe când executarea ***creanţei statului rezultând din amenda contravenţională*** se prescrie în termenul de 3 ani de la data naşterii dreptului de a cere executarea silită, conform art. 98 lit. b din O.G. nr. 11/1996. Avem deci două prescripţii diferite pentru că prima lege reglementează ***o răspundere sancţionatorie*** (răspunderea

---

[1] Vz. C.STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit*, p.118 şi 120.

[2] Idem, p.294-295, pentru instituţia daunelor cominatorii, vz. şi S. ZILBERSTEIN, V. M. CIOBANU, I. BĂCANU: *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. II, Bucureşti, 1996, Ed. Lumina Lex, p. 33-38.

Scanned with OKEN Scanner

contravenţională), pe când cea de-a doua lege reglementează ***o răspundere civilă, reparatorie*** (creanţă bugetară) mai precis, prescripţia acestei răspunderi. Dar consecinţa prescripţiei executării contravenţiei este stingerea nu numai a sancţiunii, ci şi a creanţei bugetare rezultând din aplicarea amenzii contravenţionale, prin dispariţia titlului de creanţă bugetară.

Pe de altă parte, prin săvârşirea unei fapte ilicite se pot angaja cumulat două sau mai multe forme de răspundere. De exemplu, dacă administratorul unei societăţi comerciale săvârşeşte o faptă ilicită care îmbracă şi caracter penal şi este şi cauzatoare de prejudicii (societăţii sau terţilor) acest administrator poate fi sancţionat penal, poate fi tras la răspundere civilă, dar poate fi şi revocat din funcţia de administrator.

Nu vom avea în vedere, în cele ce urmează, nici răspunderea disciplinară, nici răspunderea materială[1], deoarece exced problemei analizate, dar vom avea în vedere răspunderea penală, civilă şi contravenţională a administratorilor.

[1] Indiferent dacă se acceptă ideea că un administrator poate fi salariat sau nu, răspunderea acestuia va fi întotdeauna civilă (contractuală sau delictuală) şi nu materială (de dreptul muncii), pentru obligaţiile rezultând din actele sau faptele juridice săvârşite în exerciţiul funcţiei de administrator.

Scanned with OKEN Scanner

Subcap. II. RĂSPUNDEREA CIVILĂ

2.1. Natura juridică a răspunderii civile a administratorului

2.1.1. Raporturile juridice dintre administrator şi societate au o dublă natură: contractuală şi legală. Decizia adunării generale a asociaţilor (care aşa cum s-a arătat este un act juridic de tip contractual), prin care este desemnat administratorul, este atât o convenţie (atipică) între asociaţi prin care aceştia se înţeleg să desemneze dintre ei sau dintre persoane străine de societate unul sau mai mulţi administratori, cât şi un mandat conferit administraţiei pentru exercitarea acestor funcţii. Adunarea generală este ***formatorul*** voinţei sociale (care este statuată în decizii ale acesteia), dar nu are şi posibilitatea juridică sau materială de a o pune în practică. Această sarcină revine administraţiei; dat fiind faptul că administraţia este ***purtătorul*** voinţei sociale, organul social chemat să execute şi să ducă la îndeplinire voinţa socială, administratorul nu este un simplu mandatar (a cărei răspundere, faţă de societate, ar fi exclusiv contractuală), ci el are şi diverse alte obligaţii şi limite ale mandatului ce rezultă din lege şi care exced contractului de mandat. De aceea, răspunderea civilă a administratorului poate fi atât ***o răspundere contractuală, cât şi o răspundere delictuală,***[1] după cum se referă la obligaţii ce rezultă din mandat sau la obligaţii ce incumbă administratorului conform legii. Astfel se justifică dispoziţiile art.72 din lege conform cărora obligaţiile şi răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispoziţiile referitoare la mandat şi de cele special prevăzute în această lege, precum

[1] Aserţiunea este valabilă chiar şi când funcţia de administrator se exercită de către o persoană juridică, în baza unui contract de administrare, căci un astfel de administrator nu are numai obligaţiile prevăzute în contractul de administrare, ci şi toate obligaţiile legale aferente funcţiei de administrator.

Scanned with OKEN Scanner

şi dispoziţiile art.73 lit. d şi e din lege, conform cărora administratorii sunt solidari responsabili ***faţă de societate*** de exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale şi de stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea şi actul constitutiv le impun.

Dubla natură juridică a răspunderii civile a administratorilor se manifestă atât faţă de societate cât şi faţă de terţi (în cazurile de excepţie când o răspundere directă faţă de terţi ar fi admisibilă).

Natura juridică a răspunderii civile a administratorilor societăţilor comerciale este controversată în doctrină.

Unii autori[1] consideră că răspunderea administratorilor nu poate fi decât delictuală, de vreme ce răspunderea contractuală este o răspundere specială, derogatorie de la dreptul comun al răspunderii delictuale care nu există decât dacă există contract; caracterul contractual al răspunderii se relevă prin aceea că răspunderea se naşte în cadrul unui raport prestabilit prin contract şi nu în absenţa unui astfel de raport preexistent, cum este cazul răspunderii delictuale (care rezultă din încălcarea legii sau a unui drept subiectiv sau interes protejat de lege[2]). Administratorul, în exercitarea funcţiilor sale, nu are voinţa proprie, ci exprimă voinţa colectivă a asociaţilor; de aceea, ei nu sunt subiecte de drept distincte de societate, ci ***sunt parte integrantă a acesteia***, iar puterea lor nu izvorăşte dintr-un contract încheiat între ei şi societate, ci din lege (teoria organicistă, a reprezentării legale)[3] căci, dacă administratorul ar fi o parte a contractului de mandat, cealaltă parte n-ar putea fi nici vechiul administrator (ca organ al societăţii), nici adunarea generală a asociaţilor, căci aceasta

---

[1] FL. BAIAS, S. DAVID, "*Răspunderea civilă a administratorilor societăţilor comerciale*", Dreptul nr. 8/1992, p. 21; vz. şi V. PĂTULEA, "*Răspunderea juridică a organelor de conducere, administrare şi control ale societăţilor comerciale cu capital de stat*", Dreptul nr. 1/1996, p.15.

[2] M. ELIESCU, "*Răspunderea civilă delictuală*", Ed. Academiei, Bucureşti, 1972, p. 79.

[3] FL. BAIAS, S. DAVID, *lucr.cit.*, p. 16.

Scanned with OKEN Scanner

nu e subiect de drept.[1] Conform acestei opinii, administratorul societăţii comerciale are calitatea de reprezentant legal, de organ al societăţii, art.72 din lege nefăcând decât să completeze cadrul legal al răspunderii administratorului cu dispoziţiile dreptului comun referitoare la mandat: ori de câte ori reprezentarea legală nu acoperă toate situaţiile practice, ea se completează cu reglementările privind mandatul. Reprezentarea legală s-a născut din ideea de mandat şi chiar dacă a devenit autonomă faţă de aceasta, păstrează în mod firesc unele caracteristici ale sale: aceasta este explicaţia referirii la mandat pe care o face art.72 (fost art.42) din lege şi nu existenţa reală a unui mandat între societate (ori asociaţi) şi administratori.[2]

Alţi autori au arătat, în mod judicios, că, întrucât raporturile dintre societate şi administrator au o dublă natură - contractuală şi legală - răspunderea administratorului este o răspundere mixtă, contractuală şi delictuală. Natura juridică a răspunderii administratorului este complexă.[3] Această răspundere este o răspundere ***contractuală***, mai ales faţă de societate când rezultă încălcarea mandatului ori a dispoziţiilor

---

[1] V. PĂTULEA, *lucr. cit.*, p. 15. Dar adunarea generală a asociaţilor este însăşi societatea. Căci, altfel, cum s-ar explica faptul că adunarea generală a asociaţilor are competenţa quasiexclusivă de a-l acţiona în răspundere civilă pe administrator? Dacă s-ar accepta că adunarea generală a asociaţilor nu e însăşi societatea, acţiunea în răspundere contra administratorilor ar trebui oricând respinsă pentru lipsa calităţii procesuale active ori pentru lipsa calităţii de subiect de drept, care poate sta singur în justiţie, a adunării generale.

[2] FL. BAIAS, S. DAVID, *lucr.cit.*, p. 19. Observăm însă că, în realitate contractul de mandat există, el fiind ***implicit*** (grefat pe raportul de asociere sau pe contractul de muncă al administratorului) sau ***expres*** conţinut în decizia de numire a administratorului neasociat sau nesalariat. Existenţa mandatului este indubitabilă în cazul contractului de management sau în cazul administratorului persoană juridică (acesta este numit, obligatoriu, printr-un ***contract de administrare*** care, aşa cum s-a arătat, este o specie a mandatului comercial).

[3] C. BÎRSAN ş.a., *op.cit.*, p. 297, unde citează pentru această opinie, pe VASILE SIMION, *"Despre responsabilitatea administratorilor în societăţile anonime"*, Tipografia Universul, 1943, p.24.

Scanned with OKEN Scanner

actului constitutiv sau ale legii referitoare la mandatul administratorilor şi ***delictuală*** când se referă la încălcarea altor dispoziţii imperative ale legii (mai ales faţă de terţi). Dacă administratorul încalcă dispoziţii supletive ale legii, care trebuie considerate că se integrează contractului de mandat atunci când aceasta are lacune de reglementare, el va putea fi tras la răspundere contractuală şi nu delictuală, din moment ce dispoziţiile supletive respective devin clauze ale contractului de mandat[1]. Mandatul administratorului (pe care doctrina interbelică[2] îl califică drept "mandat legal", asemănător cu mandatul reprezentantului legal al celui fără capacitate de exerciţiu) este un mandat complex, cuprinzând clauze consensuale şi clauze legale, de interes public şi de aceea, atribuţiile administratorului suferă unele îngrădiri şi limite, date, în primul rând, de obiectul de activitate al societăţii; de asemenea, actul constitutiv impune îndatoriri precise cu privire la întrebuinţarea fondurilor societăţii, anumite interdicţii, autorizări prealabile ale adunării generale ale asociaţilor etc.; răspunderea administratorului poate fi limitată prin actul constitutiv, cu excepţia cazurilor de dol sau de culpă gravă.[3]

În doctrina franceză (v. JACQUES MESTRE, GILLES FLORES, *Lamy sociétes commerciales - Droits de société*, Paris, 1987, p. 690-691) răspunderea administratorilor este considerată contractuală în raporturile cu societatea şi asociaţii şi delictuală în raporturile cu terţii.

Interesul practic al stabilirii naturii juridice a răspunderii civile a administratorilor rezidă în proba şi întinderea răspunderii. Astfel, în funcţie de forma răspunderii, izvorul acesteia poate fi legea (răspunderea civilă delictuală) sau convenţia de mandat; administratorul nu răspunde pentru "orice faptă" (în sensul art. 998-999 C.civ.), ci mai ales pentru neîndeplinirea obligaţiilor pe care legea, contractul de mandat şi actul

[1] C. BÎRSAN ş.a., *op.cit.*, p. 306.

[2] I.L.GEORGESCU, "*Drept comercial român*", vol. III - "*Societăţile comerciale*", Bucureşti, 1929, citat în Codul comercial adnotat, p. 170.

[3] Codul comercial adnotat, p. 209, nota 1.

Scanned with OKEN Scanner

constitutiv i le impun, dincolo de aceste obligaţii, administratorul putându-şi angaja răspunderea civilă în condiţiile dreptului comun, ca orice subiect de drept. De asemenea, în funcţie de forma răspunderii, administratorul poate fi obligat să repare atât prejudiciul previzibil, cât şi pe cel imprevizibil (răspunderea delictuală) sau numai prejudiciul previzibil (răspunderea contractuală).[1] Diferenţe notabile există în ce priveşte sarcina probei; dar modul de reparare (în natură sau prin echivalent), solidaritatea pasivă, punerea în întârziere nu se deosebesc esenţial în funcţie de forma răspunderii.

Fundamentarea răspunderii pe teoria reprezentării legale duce la concluzia că aceasta are caracter delictual, astfel culpa administratorului nu este prezumată, ca la răspunderea contractuală, ci trebuie dovedită, împreună cu celelalte condiţii ale răspunderii delictuale puse de art. 998-999 C.civ. În schimb, la răspunderea contractuală, sistemul probatoriu este cel al culpei prezumate (administratorul va trebui să răstoarne prezumţia de culpă, dovedindu-şi nevinovăţia), iar criteriul de apreciere este acela al unui bun gospodar.[2] În orice caz, indiferent de forma răspunderii, temeiul ei este culpa administratorului, prezumată, sau după caz, dovedită.[3]

Administratorii răspund solidar, atât faţă de terţi, cât şi faţă de societate, indiferent de forma de răspundere, întrucât caracterul solidar al răspunderii este dat de dispoziţia expresă a art. 73 din lege, la care se pot adăuga, pentru răspunderea delictuală, art.1003 C.civ., iar pentru răspunderea contractuală, art.42 C.com. (art.42 alin. 3 C.com. arată că, atunci când codebitorii nu sunt comercianţi, obligaţia nu se prezumă a fi solidară pentru ei), această din urmă dispoziţie legală referitor

---

[1] V. SIMION, în lucrarea *"Despre responsabilitatea administratorului în societăţile anonime"*, Bucureşti, 1943, p. 14 consideră injust să se aplice administratorului unei societăţi (anonime) regulile răspunderii contractuale, întrucât un creditor contractual ar avea mai puţine drepturi decât victima unor fapte ilicite (încălcarea unui contract, care e legea părţilor, e tot o faptă ilicită).

[2] Codul comercial adnotat, p. 209, nota 1.

[3] ST. D. CĂRPENARU, *lucr. cit*, p. 42.

la cazul răspunderii contractuale a administratorilor direct faţă de terţi, pentru depăşirea mandatului.

În ce priveşte punerea în întârziere, la răspunderea civilă delictuală, autorul este de drept în întârziere (*dies interpellat pro hominem*), în timp ce, la răspunderea contractuală, pentru ca răspunderea să poată fi angajată, debitorul trebuie pus în întârziere (art.1079 C.civ.). În comercial, însă, cele mai importante obligaţii, obligaţiile băneşti, produc dobânzi din ziua scadenţei acestora, dacă sunt certe şi lichide (art.43 C.com.).

Pentru ambele forme de răspundere, operează acelaşi principiu al reparării în natură a prejudiciului cauzat prin fapta ilicită sau prin neîndeplinirea unei obligaţii (art.1073 şi art.1100 C.civ.). Obligaţia contractuală de a face se preschimbă în despăgubiri în caz de neîndeplinire (art.1075 C.civ.), dar aceasta poate, de asemenea, să fie executată în natură, de către creditor, pe seama debitorului (art.1077). Se observă, deci, că, în ce priveşte aceste aspecte, diferenţele de regim juridic dintre cele două forme de răspundere sunt neglijabile.

2.1.2. Răspunderea civilă a administratorului variază după circumstanţe. Se pot, astfel, distinge 3 forme de răspundere:

→ o răspundere ordinară (normală) faţă de societate şi faţă de asociaţi;

→ o răspundere excepţională faţă de terţi;

→ o răspundere agravată, în caz de faliment al societăţii.

Răspunderea civilă (contractuală sau delictuală) a administratorului societăţii comerciale nu poate fi angajată, în principiu, faţă ***de terţi***, dat fiind că art.73 alin. final din legea nr.31/1990 limitează acţiunea în răspundere a creditorilor sociali contra administratorilor numai la cazul falimentului societăţii, în condiţiile de funcţionare normală a societăţii, terţii (creditori sociali), trebuind să se mulţumească cu o acţiune civilă contra societăţii[1]. Această regulă, cât şi unele excepţii

[1] Această regulă este asemănătoare cu cea din dreptul francez. Vz., în acest sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, "*Droit des sociétés*", cinquieme edition, Litec, 1992, p.115 şi p.240; Vz. de asemenea, infra, p. 177, nota 1.

Scanned with OKEN Scanner

importante generate de depăşirea, de către administrator, a limitelor împuternicirii sale sau ale obiectului social[1], se explică, de altfel, prin raportul juridic de mandat în care se află administratorul faţă de societate: el nu acţionează în nume propriu, ci în numele şi pe seama societăţii, dar dacă îşi depăşeşte mandatul, se angajează personal faţă de terţi.

Răspunderea civilă (contractuală sau delictuală) a administratorilor faţă de societate va fi o ***răspundere directă*** atunci când prejudiciul este cauzat societăţii, şi o ***răspundere de regres*** (în calitate de prepus - art.1000 alin.3 C.civ., dar mai degrabă în calitate de organ al societăţii - art.35 din Decretul nr. 31/1954), atunci când prejudiciul este cauzat unui terţ, în exercitarea atribuţiilor sale, iar societatea l-a despăgubit pe acesta din urmă.

Nu este exclusă nici o răspundere contractuală (directă sau de regres) a administratorului faţă de terţi pentru societate, atunci când administratorul (mai ales persoana juridică administrator), pentru a da mai multă tărie şi credit unei operaţiuni a societăţii, fie garantează societatea în calitate de fidejusor, fie se angajează alături de societate, în calitate de codebitor.[2] În această situaţie, operaţiunea fiind necesarmente comercială (căci societatea comercială are ca obiect de activitate săvârşirea de acte şi fapte de comerţ), chiar dacă administratorul este necomerciant, el este prezumat a se fi obligat solidar cu debitorul principal (societatea), conform art.42 alin. 2 C.com., ceea ce înseamnă că creditorul social îl poate acţiona în această situaţie, direct pe administrator, fără a i se putea opune beneficiul de discuţiune sau de diviziune (prevăzute de art.1662, respectiv art.1667 C.civ.).

Tot o răspundere contractuală directă (faţă de terţi) se angajează în sarcina administratorului când acesta, încheind un act juridic, şi-a depăşit limitele atribuţiilor, iar terţul nu poate invoca, din diverse motive, inopozabilitatea acestor

---

[1] Pentru analiza regimului juridic al acestor situaţii de excepţie, vz. *infra*, p. 174 şi urm.

[2] Pentru dreptul francez, vz. M. COZIAN, A.VIANDIER, *op.cit*, p.117.

Scanned with OKEN Scanner

limite faţă de sine. Pentru ***faptele juridice*** ale administratorului ("organ" al societăţii) victima prejudiciului poate să-l cheme în judecată pe administrator alături de societate (art.35 alin. final, Decretul nr. 31/1954).

În fine, la acest paragraf, mai adăugăm că, în caz de faliment al societăţii se poate angaja direct răspunderea administratorilor faţă de creditorii societăţii. Astfel, art.123 alin.1 din Legea nr.64/1995 privind reorganizarea judiciară şi falimentul, modificată prin O.G. nr. 58/1997 (M.Of. nr.265/3.10.1997), dispune că în anumite condiţii, administratorii societăţii debitoare pot fi obligaţi să suporte o parte din pasivul societăţii; nu este exclus un faliment personal al administratorului atunci când administratorul este o persoană juridică sau când, deturnând în interes propriu afacerile societăţii, administratorul a dobândit (fraudulos), calitatea de comerciant, conform art. 7 C.com.

Prin funcţiile sale (preventivă, sancţionatorie, reparatorie), răspunderea juridică a administratorilor societăţilor comerciale poate fi un instrument eficace în eficientizarea activităţii acestora şi, implicit, a societăţilor pe care le conduc. În ochii opiniei publice[1], reforma sectorului de stat stagnează şi pentru motivul că nu există pârghii legale suficiente pentru a determina restructurarea acestui sector de stat şi eficientizarea sa. Se afirmă că restructurarea industriei (cu consecinţa inevitabilă a privatizării quasi-totale) este blocată de clasa politică, în rândurile căreia se regăsesc destul de mulţi membrii în AGA ai societăţilor vizate şi chiar în consiliile de administraţie ale acestora, persoane beneficiare ale unui întreg lanţ de facilităţi ce provin de la societăţile în cauză; că managerii societăţilor de stat sau ai regiilor, în colaborare cu liderii de sindicat, forţează prin intermediul salariaţilor nemulţumiţi prelungirea procesului de restructurare, dat fiind că actualul statu quo este avantajos şi pentru administratori şi pentru liderii de sindicate (primii administrează averea statului, secunzii, averea sindica-

[1] Vz. printre altele MARIUS NIŢU, *Editorial*, cotidianul "Adevărul", nr. 2492/04.06.1998.

Scanned with OKEN Scanner

telor), astfel aceştia cooperând în încercarea de a obţine comenzi de stat, credite avantajoase, amânări la plata taxelor şi impozitelor către stat, dar şi făcând afaceri cu societatea sau regia respectivă prin firma proprie. Aceasta este realitatea. ***Dar administratorii şi managerii din sectorul de stat au aceeaşi răspundere şi aceleaşi obligaţii ca şi orice administrator ordinar***; acţionarea lor în răspundere urmează aceleaşi reguli şi canoane; este suficientă voinţa de a declanşa şi a duce la bun sfârşit această acţiune în răspundere, pentru a obţine o nouă optică asupra relaţiilor dintre administratori ori manageri şi societatea de stat (ori regia) pe care o conduc, optică ce ar permite observarea caracterului de provizorat al soluţiilor actuale, neeconomicoase, neeficiente şi abandonarea acestora, în favoarea soluţiilor economice, responsabile, sănătoase ale economiei de piaţă, prin restructurare, privatizare, asanarea datoriilor. Mijloace deci, există; trebuie, însă, creat şi interesul de a le pune în practică.

Responsabilitatea civilă a administratorilor este, în mod logic, o ***responsabilitate subsidiară*** pentru că ea trebuie să intervină doar atunci când societatea, asociaţii sau terţii, după caz, au epuizat orice alt remediu, sancţiune sau alte proceduri de reparaţie care nu au dus la satisfacerea integrală a pretenţiilor acestora[1]; administratorul nu acţionează în nume propriu, ci în numele societăţii.

În plus, trebuie observat că răspunderea preşedintelui consiliului de administraţie (care este, de obicei, şi directorul general al societăţii), a administratorului unic, a administratorilor cu funcţii de execuţie, în general, este mai frecvent şi mai uşor angajată relativ la administratorii care, în consiliul de administraţie, se limitează la supravegherea şi controlul activităţii primilor (activitatea administratorilor cu funcţii de supraveghere este intermitentă, consiliul de administraţie întrunindu-se periodic). Administratorilor cu funcţii de supraveghere li se impută cel mai des absenteismul şi indiferenţa faţă

[1] JACQUES MESTRE, GILLES FLORES, *op.cit.*, p. 691.

Scanned with OKEN Scanner

de afacerile firmei; una dintre principalele lor misiuni fiind supravegherea activităţii administratorilor cu funcţii executive, în cazul în care nu atenţionează la timp societatea de acţiunile culpabile ale administratorilor executivi, responsabilitatea lor se adaugă (solidar) la cea a acestora. În schimb, administratorilor executivi li se impută atât abstenţiunile (neregulata ţinere a registrelor societăţii, supravegherea insuficientă a angajaţilor) cât şi acţiunile (lansarea unor operaţiuni aventuroase, acţiuni de concurenţă neloială, violarea limitelor statutare ale atribuţiilor administratorilor). Cel mai adesea, răspunderea acestor administratori este angajată în cazul falimentului societăţii[1].

Răspunderea civilă poate fi individuală (fapta este imputabilă doar unui singur administrator) sau solidară (fapta este imputabilă mai multor administratori). În caz de solidaritate, societatea poate urmări pe oricare dintre administratorii culpabili pentru acoperirea întregului prejudiciu. Când prejudiciul societăţii este acoperit, administratorul plătitor se va putea întoarce cu regres contra co-responsabililor, pentru partea din prejudiciu ce excede ceea ce acesta avea efectiv de plătit (partea contributivă a fiecăruia este egală, afară de dispoziţia contrară a instanţei, dispoziţie bazată pe gradul diferit de culpabilitate, precum şi pe gradul mai mic sau mai mare de compartimentare a activităţii firmei pe administratori).

În sfârşit, se admite unanim în doctrină[2] şi în jurisprudenţă că răspunderea administratrorului, indiferent de forma răspunderii (contractuală, delictuală) sau dacă este individuală ori solidară, este o ***răspundere integrală***, atât pentru *damnun emergens*, cât şi pentru *lucrum cessans*, şi nu o răspundere limitată, cum este răspunderea materială (salariatul răspunde numai pentru prejudiciul efectiv suferit de unitate prin fapta sa; el nu poate fi executat silit decât asupra unei părţi din salariul lunar, indiferent de amploarea prejudiciului), şi aceasta deoa-

[1] A. VIANDIER, M. COZIAN, *op.cit.*, p. 250.

[2] Vz. C. BÎRSAN ş.a., *op.cit.*, vol. I, p. 297; O. CĂPĂŢÂNĂ, *op.cit.*, p.341; ST. D. CĂRPENARU, *lucr.cit.*, p. 40.

Scanned with OKEN Scanner

rece administratorul nu este un salariat, ci un mandatar al societăţii. O consacrare legislativă a acestei reguli se regăseşte în Legea Curţii de Conturi (Legea nr.94/1992), mai precis, art.45 din această lege, conform căruia colegiul jurisdicţional (instanţa de prim grad din sistemul de jurisdicţie al Curţii de Conturi) soluţionează sesizările privind plata de despăgubiri civile pentru pagube cauzate de administratorii societăţilor comerciale supuse jurisdicţiei şi controlului Curţii de Conturi (în principal, societăţi comerciale cu capital de stat). Se observă că se are în vedere răspunderea civilă (integrală) şi nu răspunderea materială (limitată) a acestor administratori.

Tot o răspundere civilă, şi nu materială, au şi directorii executivi în societăţile pe acţiuni, deşi aceştia nu sunt administratori ai societăţii, ci funcţionari (salariaţi) ai acesteia. Art.147 alin. 3 din Legea nr. 31/1990 dispune că directorii executivi sunt răspunzători faţă de societate şi de terţi, ***ca şi administratorii***, pentru neîndeplinirea îndatoririlor lor, chiar dacă ar exista o convenţie contrară.

Dat fiind faptul că directorii executivi sunt mandatari ai administratorilor, înseamnă că ei au, faţă de societate, calitatea de submandatari. În calitate de submandatar, directorul executiv poate fi ţinut să răspundă direct faţă de societate, prin exerciţiul unei acţiuni directe a mandantului (societate) contra submandatarului (director executiv), aceasta deoarece art. 1542 alin. final C.civ. recunoaşte mandantului, o astfel de acţiune directă contra submandatarului deşi mandantul este terţ de contractul prin care administratorul şi-a delegat la directorii executivi o parte din atribuţii.

De aceea, deşi directorul executiv este un funcţionar (salariat) al societăţii, aceasta din urmă nu are opţiunea între procedura deciziei de imputaţie (răspundere materială) şi, acţiunea directă contra submandatarului (răspundere civilă), trebuind să se orienteze către aceasta din urmă.

Scanned with OKEN Scanner

2.2. Răspunderea civilă a administratorilor față de societate

Aşa cum s-a arătat, răspunderea administratorului faţă de societate poate fi o răspundere ***directă*** (prejudiciul este cauzat direct societăţii) sau o răspundere ***de regres*** (societatea plătitoare a prejudiciului cauzat prin fapta administratorului îşi recuperează sumele astfel plătite de la administrator). Indiferent, însă, de felul răspunderii, aceasta se angajează în cadrul ***acţiunii în răspundere***.[1]

În sistemul legii române, acţiunea în răspundere aparţine, în principal, adunării generale dar, în cazul în care adunarea generală ar refuza să-l acţioneze în răspundere pe administrator datorită influenţei pe care acesta o are asupra adunării generale, legea pune şi la dispoziţia acţionarilor minoritari acţiunea în răspundere contra administratorului.[2]

Astfel, conform art.150 din lege[3], decizia de acţionare în răspundere a administratorilor ***aparţine adunării generale***, care decide cu cvorumul şi majoritatea de la adunarea generală ordinară (art.112); adunarea generală desemnează şi pe cel îndrituit să exercite acţiunea în justiţie; decizia adunării generale de a-l acţiona pe administrator în răspundere provoacă încetarea de plin drept a mandatului acestuia. Dar, în cazul în care administratorul sau directorul încheie acte juridice care prejudiciază societatea iar societatea, din cauza poziţiei deţinute de aceştia (directorul sau administratorul), nu acţionează în vederea recuperării prejudiciului, ***oricare dintre acţionarii minoritari*** are dreptul să introducă acţiune, în

---

[1] În cazul răspunderii faţă de terţi pentru fapta prejudiciabilă a administratorului, victima prejudiciului poate să-l cheme în judecată şi direct pe administrator sau împreună cu societatea; iar societatea poate să-l cheme în garanţie pe administrator.

[2] În dreptul francez, orice asociat, personal, sau grupat cu alţi asociaţi poate să-l acţioneze în răspundere pe administrator.

[3] Acest text este plasat de legiuitor în materia societăţii pe acţiuni; pentru identitate de raţiune, el se aplică şi în celelalte tipuri de societăţi.

Scanned with OKEN Scanner

numele societăţii, în scopul recuperării prejudiciului (art.153). În ambele cazuri, însă, acţiunea în răspundere aparţine societăţii, şi nu asociaţilor, fiind o acţiune socială[1]; aceasta înseamnă că interesul, ca element al acţiunii civile trebuie să fie un interes social (al societăţii) şi nu individual, al celui care intentează acţiunea în justiţie.

În ipoteza în care un acţionar sau asociat ar dovedi un prejudiciu individual (personal) rezultat din fapta administratorului el l-ar putea acţiona în răspundere civilă delictuală pe administrator, acţiunea sa fiind o acţiune *ut singuli*[2]; prejudiciul invocat este distinct de prejudiciul cauzat societăţii (care este un prejudiciu social, colectiv). De altfel, un astfel de asociat prejudiciat personal prin fapta administratorului are exact poziţia terţului, fapt pentru care îi sunt aplicabile toate regulile regimului juridic al acţiunii în răspundere a terţilor contra administratorului.

Legea franceză (art.1850 C.civ.fr. şi art.244 din Legea din iulie 1966 a societăţilor comerciale) consacră responsabilitatea individuală (personală) şi solidară, după caz, a administratorilor faţă de societate şi faţă de terţi (în rândul cărora pot fi incluşi şi asociaţii care pot dovedi un prejudiciu personal, distinct de prejudiciul social), pentru încălcarea legii, violarea statutelor şi greşelile de gestiune. Este reputată nescrisă orice clauză statutară care ar avea ca efect subordonarea acţiunii în răspundere unei autorizaţii prealabile dată de adunarea generală a asociaţilor şi nici o decizie a acestei adunări nu poate avea ca efect stingerea răspunderii administratorilor pentru greşelile comise în îndeplinirea mandatului lor (art. 246, Legea fr. din iulie 1966), fapt pentru care orice asociat, fie individual, fie grupat cu alţi asociaţi, îl poate acţiona în justiţie direct pe administrator, **fără *aprobarea adunării generale*** pentru recuperarea prejudiciului suferit de societate (art.245 - este vorba tot de o acţiune socială; dar asociatul poate introduce şi

[1] ST. D. CĂRPENARU, *lucr.cit.*, p. 43; C. BÎRSAN, VZ. DOBRINOIU, *op.cit.*, p.306.

[2] Vz. pentru dreptul francez aplicabil, M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 117.

Scanned with OKEN Scanner

o acţiune *ut singuli*, dacă dovedeşte un prejudiciu personal rezultat din fapta administratorului). Rezultă că, spre deosebire de dreptul nostru, în ***dreptul francez acţiunea în răspundere nu aparţine adunării generale, ci asociaţilor.***

Acest regim juridic este justificat: administratorii sunt în măsură, prin prerogativele lor, să cauzeze societăţii prejudicii sau să impună acesteia afaceri care sunt bune pentru administratori, dar rele pentru societate (ex: cumpără un teren în nume propriu şi îl revinde apoi, societăţii pe un preţ superior ori cumpără anumite elemente din activele societăţii la un preţ inferior; încheie un contract de muncă avantajos pentru sine, dezavantajos însă pentru societate etc.). De aceea, administratorul, pentru astfel de fapte, trebuie acţionat în răspundere; dar această acţiune nu poate fi lăsată la latitudinea oricărui asociat/acţionar, pentru că acţiunea în răspundere s-ar putea transforma, prin atitudini şicanatoare, într-un mijloc de intimidare a administratorilor ori chiar de paralizare a activităţii sale. De aceea, acţionarea în răspundere a administratorilor de către adunarea generală trebuie să fie regulă, iar acţiunea acţionarilor minoritari să rămână o excepţie şi să fie, de preferat, organizată sub forma consorţiului (asociaţiei) de acţionari[1].

Consorţiul acţionarilor este o modalitate de protecţie a minorităţii în cadrul societăţilor mari (în special). Astfel, asocierea permite, în caz de criză, regruparea acţionarilor în vederea unei acţiuni în răspundere contra administratorilor sau chiar a unei acţiuni în anularea unei hotărâri a adunării generale prin care s-a refuzat acţionarea în răspundere a administratorilor. Este vorba, însă, de o acţiune socială, intentată în numele societăţii şi nu al asociaţiei acţionarilor (care nu e persoană juridică, gruparea acţionarilor minoritari nefiind decât un contract).

Asocierea are numai rolul de a grupa acţionarii minoritari, de a partaja cheltuielile de judecată şi de a institui un mandat

[1] Pentru doctrina franceză, vz. M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 14.

Scanned with OKEN Scanner

de reprezentare care să permită unui acţionar să acţioneze în numele tuturor asociaţilor minoritari; această asociere nu poate duce la orientarea într-un anumit sens a voturilor acţionarilor în cauză, întrucât convenţiile privind exercitarea dreptului de vot sunt interzise.

Asociaţiile investitorilor (inclusiv ale obligatarilor) pot acţiona în răspundere pe administrator, mai ales când societatea este cotată pe o piaţă bursieră sau extrabursieră (în acest caz şi organismele de reglementare a pieţei bursiere îi pot acţiona în răspundere pe administratori) sau, mai larg, când societatea a fost constituită sau şi-a majorat capitalul social (ori a emis obligaţiuni) prin subscripţie publică.

Acţiunea în răspundere este obligatorie, chiar dacă ea poate fi blocată prin vot, datorită poziţiei şi influenţei administratorilor în adunarea generală. În jurisprudenţă[1] s-a statuat, cu caracter de principiu, că nu se poate susţine că prin aprobarea bilanţului s-au ratificat toate operaţiunile administratorului şi că societatea ar fi decăzută din drepturile sale la acţiunea în răspundere când ulterior s-ar constata că administratorii au lucrat cu neglijenţă în paguba societăţii sau au comis vreun dol în operaţiunile lor. Dar evident ca şi această acţiune este prescriptibilă (în termenul general de prescripţie, de 3 ani, care curge de la momentul în care societatea a luat cunoştinţă de existenţa prejudiciului).

Acţiunea în răspundere contra administratorilor este obligatorie şi pentru că este, de fapt, singurul mijloc de a determina abandonarea modului de lucru deficient sau fraudulos al administratorilor. Aşa cum în mod corect se arată în doctrină[2], "acţiunea în răspundere contra administratorilor aparţine adunării generale care, în societăţile de stat, sunt constituite din reprezentanţi ai FPS şi FPP (actualmente SIF - n.n.); aceştia din urmă răspund în faţa celor care i-au numit (FPS şi FPP) şi trebuie să le promoveze interesele [...]. Numirea şi înlocuirea

[1] Cas. III, dec. din 26.09.1921, în C.com.adn, p. 210.

[2] V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, revista Dreptul nr. 1/1996, p. 21. Lucrarea se referea la perioada dintre 1992-1996, dar are valenţe deosebite şi în prezent.

Scanned with OKEN Scanner

administratorilor este tot de competenţa adunării generale şi dacă aceasta este formată din reprezentanţi indiferenţi, incompetenţi, abuzivi şi deci, iresponsabili, ar trebui ca aceste aspecte să fie sesizate la nivelurile de răspundere din FPS, dacă, ***bineînţeles, această activitate este luată în serios şi la aceste nivele***. În caz contrar, însuşi FPS [...] ar trebui tras la răspundere, pentru că este acţionar în numele statului [...]. Odată ajuns, însă, la aceste nivele, responsabilitatea juridică este ***diluată***, pentru că FPS răspunde doar în faţa Parlamentului (actualmente în faţa Guvernului, n.n. - G.P.). E adevărat că membrii consiliului de administraţie al FPS îşi îndeplinesc mandatul în condiţii asemănătoare cu cele din Legea nr. 31/1990 şi răspund solidar şi personal pentru activitatea lor, dar faţă de cine ?

Răspunderea lor e atât de ***difuză*** încât echivalează cu o lipsă de răspundere. Parlamentul sau Guvernul dau doar aprobarea de principiu a programelor de privatizare ale FPS".

Iată, deci, că în aceste societăţi, răspunderea juridică ajunge să se confunde sau să fie înlocuită de răspunderea politică (răspundere care nu este atât de constrângătoare ca prima). De aceea, angajarea răspunderii juridice a administratorilor, atunci când prin actele sau faptele lor (incompetente, greşite, frauduloase) aceştia prejudiciază societatea, trebuie considerată ca o obligaţie a adunării generale, ca o obligaţie profesională a celor care fac oficiul de reprezentanţi ai FPS (deci, ai statului, adică ai întregii societăţii) în aceste adunări generale.

Răspunderea administratorilor se angajează, deci, pentru incompetenţa, ineficienţa, greşelile de gestiune ori frauda acestora. De regulă, răspunderea pentru incompetenţă, ineficienţă ori pentru greşeli de gestiune este o răspundere contractuală: această răspundere decurge din neîndeplinirea unor criterii ori standarde de performanţă ori din pierderile suferite de societate în exerciţiul funcţiilor administratorului. Pentru faptele ilicite săvârşite de administrator în paguba societăţii, răspunderea sa are caracter delictual, fiind o

Scanned with OKEN Scanner

răspundere ce decurge din încălcarea obligaţiilor stabilite în sarcina sa de lege (deturnarea interesului social, concurenţă neloială faţă de societate, încălcarea obligaţiei de fidelitate faţă de societate, infracţiuni contra societăţii, prejudiciul de credibilitate adus societăţii prin pierderea onorabilităţii administratorului etc.) şi mai larg, din principiul răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie, stabilit în art. 998-999 C.civ.

Prin funcţia sa, administratorul poate impune societăţii, în interes propriu sau al altora, operaţiuni (afaceri) prejudiciabile. De aceea, ***unele operaţiuni sunt interzise administratorului***, sub sancţiunea angajării răspunderii sale patrimoniale faţă de societate, ori chiar sub sancţiuni penale (ex: administratorul utilizează creditul societăţii în interesul său sau al rudelor sale, prin împrumuturi de la societate, cauţiuni sau avaluri ale angajamentelor ori obligaţiilor administratorului sau rudelor sale etc.), iar unele convenţii între ***administratori şi societate*** sunt valabile cu condiţia autorizării prealabile a acestora de adunarea generală. Acelaşi regim juridic îl au şi convenţiile între societatea în cauză şi o altă societate în care administratorul are diferite interese, o administrează sau îi este proprietar, ori convenţiile societăţii în cauză în care administratorul este ***indirect interesat***. Acest regim juridic nu se aplică atunci când nu există convenţie propriu-zisă, ci acte fără caracter convenţional (decizia consiliului de administraţie prin care se fixează remuneraţia preşedintelui, când acest lucru nu a fost făcut de adunarea generală; decizia consiliului de administraţie prin care este aprobat un proiect de fuziune; compensaţia legală etc.)[1]. Nu intră sub incidenţa acestor restricţii şi condiţionări operaţiunile curente şi normale ale societăţii (ex: dacă în convenţia dintre administrator şi societate sunt inserate clauze care sunt cele obişnuite faţă de orice client ori comparabile cu acestea – preţ, garanţii, obligaţii ale părţilor,

[1] În dreptul francez, convenţiile între administrator şi societate ori cele în care administratorul ar fi direct sau indirect interesat sunt denumite "convenţii reglementate", având un regim juridic strict şi restrictiv (vz. art. 101-107 din Legea franceză a societăţilor comerciale din iulie 1966).

Scanned with OKEN Scanner

durată, penalităţi - astfel de convenţie este permisă). De asemenea, în cadrul grupului de societăţi, când, în mod obişnuit, o societate din cadrul grupului administrează o altă societate din cadrul grupului (societate-mamă, filială, subfilială), creditarea între aceste societăţi este permisă, cu condiţia să nu încalce principiul specialităţii capacităţii de folosinţă a persoanei juridice ori monopolul bancar.

Băncile pot acorda împrumuturi sau garanţii administratorilor lor (aşa cum, de altfel, băncile acordă împrumuturi şi salariaţilor lor).

Administratorul poate avea şi o ***răspundere de regres*** faţă de societate. Cum faptele licite sau ilicite săvârşite de administratori, în calitate de organe ale societăţii, obligă însăşi persoana juridică, dacă au fost săvârşite cu prilejul exercitării funcţiei lor, înseamnă că societatea poate fi obligată să acopere prejudiciul suferit de victima unei fapte ilicite săvârşite de administrator în exerciţiul funcţiilor sale. Este vorba de o obligaţie a societăţii de garanţie privind riscul de activitate, asemănătoare cu obligaţia de garanţie a comitentului pentru fapta prepusului (art.1000 alin. 3 C.civ.)[1]. Societatea va fi obligată la repararea prejudiciului şi în cazul în care fapta ilicită a administratorului cauzatoare de prejudicii a fost săvârşită cu depăşirea limitelor ori prin exerciţiul abuziv al funcţiei încredinţate[2], dar cu prilejul exercitării acesteia, deoarece

---

[1] Administratorul ***nu este un prepus*** al societăţii, pentru că el nu este într-un raport de prepuşenie cu societatea (raport de subordonare) ci în raporturi contractuale de mandat. În doctrină (C. BÎRSAN, V. DOBRINOIU, ş.a., *op.cit.*, p. 313; de asemenea, V. PĂTULEA, *lucr. cit.*, p. 10) s-a susţinut că ***organele societăţii sunt prepuşii societăţii***, întrucât raportul de prepuşenie poate rezulta atât din contractul de muncă, cât şi din decizia de numire într-o funcţie retribuită, din contractul de mandat (atunci când mandatarul este supus autorităţii, îndrumării şi controlului mandantului) sau chiar din contractul de asociere (când un asociat este calificat drept administrator de fapt). Dar răspunderea administratorilor (organele societăţii), este ***derogatorie*** de la dreptul comun al art.1000 alin. 3 C.ciVz.).

[2] În ce priveşte problema răspunderii comitentului pentru fapta prepusului, când acesta şi-a exercitat abuziv funcţia încredinţată, doctrina şi jurisprudenţa nu sunt unitare. Vz. pt. amănunte, C. STĂTESCU, C. BÎRSAN,

art.35 alin. 3 din Decretul nr. 31/1954 foloseşte sintagma "cu prilejul exercitării funcţiei", ceea ce include atât exerciţiul normal, cât şi cel abuziv al funcţiei de administrator.

Din art.35 alin. 4 din Decretului nr. 31/1954 rezultă că faptele ilicite ale organelor societăţii atrag şi răspunderea personală a celui ce le-a săvârşit, atât faţă de persoana juridică (răspundere de regres) cât şi faţă de victima prejudiciului (răspundere directă). Rezultă că terţul prejudiciat are opţiunea între a-l acţiona direct pe administrator, pe administrator şi societatea în solidar, sau numai societatea, în funcţie de solvabilitatea acestora. Societatea are drept de regres contra administratorului, dacă a plătit terţului prejudiciat, dar are şi dreptul de a-l chema în garanţie pe administrator în procesul intentat de terţul prejudiciat.

Societatea are, evident, dreptul de a se regresa contra administratorului pentru tot ceea ce a plătit terţului prejudiciat, întrucât, pentru fapta sa ilicită administratorul trebuie să suporte consecinţele[1], iar societatea este un ***garant***, şi nu un obligat direct, subrogându-se în drepturile creditorului (terţul prejudiciat) prin plata creanţei (art.1108 C.civ.). Regresul este ***integral***, pentru că administratorul, nefiind prepus (prepusul

---

op.cit., Ed. All 1992, p. 234-238. Observăm că art.1000 alin. 3 C.civ. diferă că formulare de art. 35 alin. 3 din Decretul nr. 31/1954, în ce priveşte condiţia săvârşirii faptei în funcţiile încredinţate: primul text foloseşte sintagma "în funcţiile încredinţate", cel de-al doilea, "cu prilejul funcţiei încredinţate". Ori, cerinţele celor două texte nu sunt identice, ele neputând fi confundate. VZ. în acest sens, M. ELIESCU, *op.cit.*, pag. 292. Art. 1000 alin. 3 C.civ. este mai strict decât art. 35 alin. 3 din Decretul nr. 31/1954, comitentul nefiind ţinut să răspundă pentru fapta ilicită a prepusului ce nu a fost săvârşită în funcţiile încredinţate (deci, cu depăşirea limitelor acestor funcţii, ori prin exercitarea abuzivă a acestora), în timp ce societatea (persoană juridică) va fi ţinută să răspundă pentru orice faptă ilicită a organelor sale, săvârşită ***cu prilejul*** exercitării funcţiei încredinţate (deci şi atunci când s-a folosit de funcţie pentru a săvârşi fapta ilicită).

[1] Societatea are drept de regres contra administratorului culpabil pentru fapta prejudiciabilă a sa; răspunderea persoanei juridice pentru fapta proprie nu înseamnă o exonerare de răspundere a administratorului culpabil, ci un ***beneficiu acordat victimei prejudiciului***. Vz. în acelaşi sens, C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 198, V. PĂTULEA, *lucr.cit*, p. 11.

Scanned with OKEN Scanner

este şi *salariat* al comitentului, de cele mai multe ori), nu beneficiază de limitarea răspunderii patrimoniale în calitate de salariat (răspunderea materială, conform art. 101 şi urm. C. muncii, este limitată la prejudiciul efectiv şi la o parte din salariul lunar).

În cazul în care fapta ilicită a administratorului nu are nici o legătură cu funcţia sa el va răspunde direct şi personal faţă de terţul prejudiciat, fără ca societatea să poată fi chemată să răspundă în vreun fel pentru fapta sa.

2.3. Răspunderea civilă faţă de terţi a administratorilor

2.3.1. Societatea comercială, fiind persoană juridică, adică având subiectivitate proprie, participă în nume propriu la raporturile juridice, angajându-şi răspunderea patrimonială pentru datoriile ori prejudiciile pe care le creează în activitatea proprie. Creditorii sociali nu pot pretinde asociaţilor sau administratorilor să acopere datoriile societăţii, întrucât societatea garantează cu propriul patrimoniu aceste datorii sociale (art.1718 C.civ.)[1]. Administratorii, fiind mandatari ai societăţii, organele societăţii prin care se manifestă capacitatea de exerciţiu a societăţii, ei nu acţionează în nume propriu, ci în numele şi pe seama societăţii. Administratorul este un fel de funcţionar social, asemănător funcţionarului public; el angajează răspunderea societăţii pentru actele şi faptele juridice ori operaţiunile săvârşite în exerciţiul ori cu prilejul exercitării funcţiei sale. De aceea, terţii care se pretind lezaţi prin actele sau faptele administratorilor, trebuie să se îndrepte contra societăţii şi nu contra administratorului personal: societatea constituie un adevărat ecran ce pune pe administrator la adăpost de atacurile terţilor. Ca şi funcţionarii publici, adminis-

[1] Asociaţii comanditaţi şi asociaţii în societăţile în nume colectiv răspund nelimitat şi solidar pentru datoriile societăţii, având poziţia juridică de garanţi (fidejusori) ai acestor datorii.

Scanned with OKEN Scanner

tratorii societăţii pot fi făcuţi responsabili direct (personal) faţă de terţi doar când greşeala săvârşită este ***detaşabilă*** de exerciţiul funcţiilor lor la care se adaugă falimentul societăţii.

Dar existenţa personalităţii juridice a societăţii comerciale nu poate antrena imunitatea administratorilor faţă de societate sau faţă de terţi. Într-adevăr, societatea comercială este o persoană juridică, fără voinţă proprie, organică (persoana juridică este, de fapt, o ficţiune juridică[1] menită a organiza resurse financiare şi umane în vederea realizării unui scop). Ea are drept de regres contra administratorilor pentru faptele culpabile ale acestora, când a fost obligată să despăgubească victima prejudiciului[2]; iar dacă fapta administratorului este detaşabilă de funcţia sa, administratorul răspunde direct faţă de terţi, societatea nefiind obligată în nici un fel faţă de terţi pentru astfel de fapte; pe de altă parte, dacă fapta administratorului îmbracă un caracter infracţional, pe lângă răspunderea penală, se angajează şi răspunderea patrimonială directă a administratorului. Iar în caz de faliment al societăţii, creditorii sociali au o acţiune în răspundere contra administratorului.

Toate aceste cazuri de răspundere directă a administratorilor pentru fapta proprie reprezintă ***excepţii*** de la principiul răspunderii societăţii comerciale (persoană juridică) pentru actele şi faptele proprii. De aceea, fiind de strictă interpretare, aceste excepţii trebuie circumscrise precis.

Astfel, conform art.35 din Decretul nr.31/1954, persoana juridică îşi exercită drepturile şi îşi îndeplineşte obligaţiile prin organele sale; actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în ***limitele puterilor ce le-au fost încredinţate***[3], sunt

---

[1] C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 198.

[2] Persoana juridică răspunde de faptele culpabile ale organelor sale şi datorează despăgubiri victimei, ***fără ca aceasta să fie obligată să introducă în cauză, ca prepuşi, zisele organe.*** Societatea e responsabilă de faptele culpabile comise prin organele sale (fapta proprie), de prepuşi, lucruri, animale. Cass. civ.fr., II, 27.04.1977, cit. de M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 256.

[3] În societăţile pe acţiuni şi în societatea cu răspundere limitată, actele administratorilor angajează societatea faţă de terţii de bună credinţă chiar dacă aceste acte ar depăşi limitele obiectului social de activitate (art. 55 alin. 1 din lege).

Scanned with OKEN Scanner

actele persoanei juridice însăşi iar faptele licite sau ilicite săvârşite de organele sale obligă însăşi persoana juridică, dacă au fost îndeplinite ***cu prilejul exercitării funcţiilor lor.*** Potrivit art.35 alin. final din Decretul nr.31/1954 faptele ***ilicite*** atrag şi răspunderea personală a celui ce le-a săvârşit, atât faţă de persoana juridică, cât şi faţă de cel de-al treilea. Aparent, art.73 alin. 2 din Legea nr.31/1990 vine în contradicţie cu art.35 alin. final din Decretul nr. 31/1954 (care conferă victimei prejudiciului cauzat prin fapta ilicită a administratorului opţiunea de a-l chema în judecată şi pe administrator, personal sau alături de societate), întrucât art.73 alin. 2 din Legea nr.31/1990 dispune că numai în caz de faliment al societăţii, creditorii sociali pot să-l acţioneze în răspundere direct pe administrator[1]. În realitate, aceste texte nu se contrazic, întrucât dacă fapta ilicită a administratorului nu are legătură cu funcţiile încredinţate (nu e săvârşită "cu prilejul exercitării funcţiei încredinţate"), victima prejudiciului nu mai are acţiune contra societăţii, ci doar contra administratorului[2], ca subiect de drept distinct de societate. Iar în cazul săvârşirii faptei ilicite "cu prilejul exercitării faptei încredinţate", administratorul poate fi ţinut şi personal sau alături de societate să răspundă faţă de victima prejudiciului (creditor social), în virtutea principiului răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie (art. 998-999 C.civ.). Art. 73 alin. 2 din Legea nr.31/1990 limitează acţiunea în răspundere contra administratorului a creditorilor sociali la cazul falimentului societăţii ***numai*** pentru încălcarea obligaţiilor prevăzute în sarcina administratorilor în art.73 alin. 1 lit. a-e (realitatea vărsămintelor efectuate de asociaţi, existenţa

[1] În doctrină (FL. BAIAS, S. DAVID, *lucr.cit.*, p. 22) s-a susţinut că textul din legea societăţilor comerciale suspendă până la falimentul societăţii acţiunea creditorilor sociali (inclusiv victima prejudiciului rezultat din fapta ilicită a administratorului) împotriva administratorilor; dar, de lege ferenda, se propune revenirea la regula din art. 35 alin. final din Decretul nr. 31/1954) în ideea de protejare a intereselor victimei prejudiciului.

[2] "Dacă fapta ilicită a organelor societăţii nu se afla în conexiune cu funcţia ori a fost săvârşită prin abuz, urmărind scopuri străine societăţii, va fi angajată răspunderea civilă a persoanei fizice - organ al societăţii" - V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, în Revista Dreptul , nr. 1/1996, p. 10. În acelaşi sens, C. BÎRSAN, V. DOBRINOIU, ş.a., *op.cit.*, p. 242, Ediţia din 1993.

Scanned with OKEN Scanner

reală a dividendelor plătite, exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale etc.) nu şi pentru săvârşirea unei fapte ilicite cauzatoare de prejudicii.

O altă soluţie ar institui o adevărată impunitate a administratorilor pentru faptele ilicite săvârşite de aceştia în cursul activităţii normale a societăţii, mai ales că victima unei fapte ilicite prejudiciabile nu are nici posibilitatea să declanşeze falimentul societăţii, deoarece creanţa sa contra societăţii nu e certă, lichidă şi exigibilă. Or, acest lucru ar fi inacceptabil.

Din cele arătate rezultă că răspunderea directă a administratorilor faţă de terţi, ca o excepţie de la principiul răspunderii persoanei juridice pentru actele şi faptele proprii (art.35 alin. 2 şi 3 din Decretul nr. 31/1954) pot fi circumscrise următoarelor 3 categorii de situaţii:

a) societatea se află în cursul activităţii sale normale, administratorii îşi angajează răspunderea personală, direct faţă de terţi când actele sau faptele juridice ale acestora sunt *detaşabile* de exerciţiul funcţiei lor[1], adică:

- actul juridic în cauză este încheiat cu depăşirea limitelor mandatului (atribuţiilor) administratorului; un astfel de act juridic nu e opozabil (nu obligă) societatea decât dacă va fi ratificat, ori dacă sunt îndeplinite condiţiile mandatului aparent; în acest caz, administratorul se obligă personal faţă de terţi;

- faptul juridic, licit sau ilicit al administratorului, care nu are legătură cu exercitarea funcţiei încredinţate nu obligă societatea, ci doar pe administrator.

b) administratorul s-a angajat în calitate de fidejusor sau avalist al societăţii; el va răspunde solidar cu societatea faţă de creditor, întrucât obligaţia garantată este o obligaţie comercială (art. 42 alin. 2 C.com.).

c) societatea este în stare de încetare de plăţi - se poate angaja răspunderea personală a administratorilor faţă de

---

[1] În doctrina franceză (M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 117) se consideră că o astfel de răspundere este ***necesarmente delictuală***, ceea ce nu este conform cu realitatea, în toate cazurile.

Scanned with OKEN Scanner

creditorii sociali, atunci când insuficienţa pasivului se datorează culpei de gestiune a administratorului (obligaţia administratorului de a acoperi o parte din pasivul social - art.123 din Legea nr. 64/1995; deschiderea unui faliment personal contra administratorului etc.).

2.3.2. Actele juridice încheiate cu depăşirea limitelor mandatului (atribuţiilor) administratorului nu obligă societatea, ci pe administratori. Contractul se consideră încheiat direct între administrator şi terţi, întrucât societăţii (mandant) nu-i este opozabil acest contract câtă vreme nu l-a ratificat sau nu sunt îndeplinite condiţiile mandatului aparent. Rezultă că, în general, răspunderea administratorului pentru astfel de acte juridice este o ***răspundere contractuală***; dar, în aceste situaţii, administratorul nu mai trebuie privit ca organ al societăţii, ci ca parte în contractul cu terţul.

Aceste cazuri sunt, însă, foarte rare, întrucât, societăţile pe acţiuni sau societatea cu răspundere limitată nu pot invoca, faţă de terţii contractanţi de bună credinţă, inopozabilitatea contractului (faţă de societate) încheiat cu depăşirea limitelor mandatului administratorului, chiar dacă acel contract ar fi fost încheiat cu depăşirea obiectului de activitate al societăţii (art.55 din lege). În astfel de cazuri, societatea este obligată contractual faţă de terţi, dar dacă, din executarea contractului, rezultă prejudicii pentru societate, se angajează răspunderea (delictuală) a administratorului pentru acoperirea acestui prejudiciu. Pe de altă parte, unele cazuri de depăşire a limitelor mandatului (cum ar fi: depăşirea limitelor obiectului de activitate, adică încălcarea principiului specialităţii capacităţii de folosinţă în societăţile de persoane, ori contractele încheiate cu terţi de reacredinţă care cunoşteau sau trebuiau să cunoască depăşirea limitelor mandatului; încălcarea interesului social, care lipseşte actul de cauza sa juridică; încălcarea unor interdicţii legale la încheierea actului juridic de către administratori etc.) duc la ***nulitatea actului juridic astfel încheiat***; în aceste cazuri răspunderea administratorului ori a societăţii este o ***răspundere delictuală***, întemeiată pe

Scanned with OKEN Scanner

restituirea plăţii lucrului nedatorat (restituirea prestaţiilor efectuate în baza unui contract nul) ori pe principiul îmbogăţirii fără just temei (*actio de in rem verso*) dacă, bineînţeles, în temeiul acelui act nul, administratorul ori societatea au primit de la terţ oarecare prestaţie.

2.3.3. Pentru faptele juridice, licite sau ilicite, ale administratorului, care sunt ***detaşabile*** de funcţia sa, societatea ***nu este ţinută să răspundă***; răspunderea, în acest caz, revine ***exclusiv*** administratorului care fie s-a folosit de funcţia sa pentru a săvârşi fapte păgubitoare, fie a săvârşit acestea fără nici o legătură cu funcţia sa, în ambele cazuri faptele nefiind exercitate"cu prilejul exercitării funcţiei lor".

2.3.4. Administratorul fidejusor al societăţii sale ori avalist al acestuia se obligă solidar cu societatea faţă de terţii-creditori sociali (art. 42 C.com.)[1] ori chiar în calitate de codebitor al acesteia, pentru a da mai multă tărie şi credit unei operaţiuni a societăţii.

Cel mai frecvent, administratorul se angajează ca fidejusor al societăţii mai ales faţă de bănci sau atunci când o societate-mamă asigură şi administraţia uneia dintre filialele sale.

Pentru a fi valabilă, fidejusiunea trebuie să fie făcută în scris (art.1656 C.civ.) iar ca înscris probator, să poarte semnătura fidejusorului şi să arate în cifre şi litere suma garantată (art.1180 alin.1 C.civ.)[2]. Dacă administratorul se angajează să garanteze toate datoriile societăţii sau o parte din datoriile viitoare, dar nedeterminate încă (exemplu: dintr-un contract de cont curent) fidejusiunea este, de asemenea, valabilă, pentru că referirea la suma garantată este doar o cerinţă *ad probationem*, dar va fi dificil (dacă nu imposibil) de dovedit.

---

[1] Prezumţia de solidaritate a codebitorilor nu joacă faţă de aceia care nu au calitatea de comercianţi (art. 42 alin.3 C.com.). Dar fidejusorul, chiar necomerciant, este obligat solidar cu debitorul principal, dacă nu face proba unei stipulaţii contrare în contract sau dacă nu există o dispoziţie legală contrară (art. 42 alin. 2 C.com.).

[2] Aceste cerinţe ***ad probationem*** nu se aplica atunci când administratorul ar avea calitatea de comerciant (persoană juridică), conform cu art. 1180 alin.2 C.civ.

Scanned with OKEN Scanner

De asemenea, când administratorul se angajează să cauţioneze societatea pe o perioadă nedeterminată, angajamentul este valabil, însă el poate fi revocat în orice moment de administrator (pentru că nimeni nu se poate angaja *in perpetuum*), mai ales la încetarea mandatului, cu condiţia, însă, ca revocarea angajamentului de cauţiune al administratorului să fie explicită. Rezultă că, la încetarea atribuţiilor sale, acesta trebuie să revoce explicit şi angajamentul său de cauţiune căci, în caz contrar rămâne obligat pentru datoriile societăţii (anterioare sau ulterioare) desărcinării sale. Desigur că revocarea angajamentului are efect numai pentru viitor, căci pentru perioada mandatului, administratorul rămâne obligat.

În cazul în care societatea cauţionată dispare, ca urmare a unei fuziuni prin absorbţie, cauţiunea administratorului devine caducă (fără să se stingă, însă, şi răspunderea administratorului fidejusor pentru datoriile societăţii anterioare fuziunii, pentru că fuziunea operează un transfer patrimonial universal, cu drepturi şi obligaţii, chiar de ar fi aceste drepturi sau obligaţii *intuitu personae*)[1]. De asemenea, cauţiunea devine caducă şi dacă creditorul beneficiar - banca - dispare ca urmare a unei fuziuni; amândouă aceste efecte se explică prin caracterul bilateral - şi pentru creditorul beneficiar şi pentru debitorul principal - intuitu personae al cauţiunii.

Băncile solicită, de obicei, garanţia personală a administratorilor societăţilor cu răspundere limitată mici şi mijlocii pentru creditele acordate acestor societăţi, când băncile garantează ele-însele diverse operaţiuni ale acestor societăţi (exemplu: printr-un aval al cambiei ori printr-un acreditiv sau printr-o scrisoare de garanţie bancară), pretind administratorilor o subcauţiune[2].

---

[1] În sens contrar s-a pronunţat jurisprudenţa franceză, Cas.com.franc., dec. din 4.02.1992.

[2] Vz., pt. amănunte, I. TURCU, VERONICA REBREANU, "*Garantarea rambursării creditului prin cauţiune*", în RDC nr. 10/1996, p.16.

Scanned with OKEN Scanner

În jurisprudenţă s-a statuat că administratorul care şi-a încetat funcţia, dacă a garantat prin fidejusiune (cauţiune) societatea, e ţinut să-şi execute obligaţiile ca fidejusor, dacă a revocat şi fidejusiunea la încetarea funcţiilor sale[1], demisia preşedintelui consiliului de administraţie, care se angajase ca fidejusor al societăţii pe timp de un an (fidejusiune reînnoibilă prin tacita reconducţiune) nu duce la încetarea cauţiunii dacă preşedintele rămâne unul din principalii administratori ai societăţii[2]; revocarea (încetarea) fidejusiunii nu poate fi dedusă din faptul că un administrator care s-a angajat ca fidejusor al societăţii şi-a vândut acţiunile pe care le deţinea la societate.[3]

2.3.5. Răspunderea administratorului faţă de asociaţi nu poate fi antamată decât dacă asociaţii, individual, reuşesc să dovedească un prejudiciu personal cauzat, prin fapta administratorului. În acest fel, de fapt, asociatul se încadrează în categoria terţilor, urmând regimul juridic al răspunderii administratorilor faţă de terţi.

Există prejudiciu individual când acesta este cauzat personal unui asociat de către administratorul culpabil. Ipoteza este destul de rară, putând apare atunci când administratorul deturnează dividendele cuvenite asociaţilor (sub pretext că reinvesteşte profitul, în scopul rentabilizării activităţii societăţii, nu distribuie dividendele asociaţilor), neconvocarea la o adunare generală (absenţa totală a convocării), fapt pentru care asociatul nu a putut fi prezent pentru a-şi apăra drepturile; deturnarea fondurilor depuse de un acţionar/asociat etc. În schimb, asociatul care se plânge de proasta gestiune a societăţii invocă un ***prejudiciu social***, şi nu unul individual (cu excepţia cazului în care asociatul probează că a suferit un prejudiciu personal, distinct de prejudiciul social, cum ar fi cesiunea părţilor sociale sau acţiunilor sale în pierdere, dată

[1] Cass.Com.fr., dec. din 17.07.1974, Bull IV, p. 169.
[2] Cass.Civ.fr., dec. din 14.01.1981, B.R.D.A. 1981/7, p. 11.
[3] Cass.Com.fr., dec. din 19.07.1982, B.R.D.A. 1983/2, p. 20.

Scanned with OKEN Scanner

fiind reducerea per ansamblu a valorii societăţii cauzată de proasta gestiune a administratorului).

În orice caz, asociatul care invocă un prejudiciu personal cauzat de fapta administratorului trebuie să probeze legătura de cauzalitate între proasta gestiune şi pierderea înregistrată de asociat, ceea ce nu este uşor de probat[1].

Din punct de vedere practic, prezintă importanţă deosebită două situaţii în care poate fi antamată răspunderea administratorilor faţă de asociaţi ori acţionari *pentru prejudicii individuale*:

a) societăţile deschise, emitente de valori mobiliare se pot transforma în societăţi "închise" sau pot fi radiate din evidenţele CNVM, în condiţiile stabilite în regulamentele CNVM. În acest fel, acţiunile societăţilor respective îşi pierd calitatea de valori mobiliare şi, implicit, negociabilitatea şi valoarea. Deţinătorul acestor acţiuni, fie că le va vinde, fie că le va menţine după transformarea societăţii ori radierea ei din evidenţele CNVM, va suferi un prejudiciu, prin scăderea valorii pachetului de acţiuni deţinute. Problema care se pune este de a şti cine va putea fi făcut răspunzător de acest prejudiciu: societatea sau administratorii săi ?

Deşi legislaţia valorilor mobiliare nu dă, încă, un răspuns precis acestei probleme, pe baza principiilor de răspundere analizate se poate imagina o soluţie mulţumitoare.

Astfel, conform art.21 alin. 4 din Legea nr.52/1994, înregistrările de valori mobiliare la Oficiul de Evidenţă a Valorilor Mobiliare sunt ***radiate*** (titlurile respective îşi pierd calitatea de valori mobiliare - n.n. G.P.), în următoarele cazuri :

→ lichidarea patrimonială a emitentului ca urmare a dizolvării sau ***falimentului*** acestuia;

→ amortizarea sau răscumpărarea integrală (prin ofertă publică de cumpărare - n.n.) a valorilor mobiliare înregistrate la Oficiul de Evidenţă a Valorilor, inclusiv când sunt determinate de fuziunea emitentului;

---

[1] Cass.Com.fr., dec. din 26.01.1970, citată de M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 250.

Scanned with OKEN Scanner

→ atunci când CNVM constată concentrarea excesivă a deţinerii de valori mobiliare înregistrate, conducând la scăderea interesului public sub nivelul ce justifică menţinerea înregistrării;

→ la cererea justificată a emitentului;

→ încălcarea gravă sau repetată de către emitent a prevederilor legii sau normelor adoptate pentru aplicarea acestuia şi considerate a fi esenţiale pentru ***protecţia investitorilor.***

În ultimele două cazuri, emitentul sau, după caz, acţionarii săi principali, vor face o ofertă publică de ***răscumpărare*** a valorilor mobiliare existente, conform regulamentelor CNVM.

În toate aceste cazuri investitorii pot fi prejudiciaţi, prin scăderea valorii de piaţă a acţiunilor pe care le deţin înainte de a fi răscumpărate de societate sau achiziţionate de acţionarii principali. Acest prejudiciu provine din fapta ilicită a administratorilor emitentului de a nu observa cu stricteţe respectarea principiului protecţiei investitorilor şi poate consta în falimentul societăţii emitente (investitorilor li se vor plăti acţiunile după ce toate datoriile societăţii emitente către creditorii sociali vor fi rambursate); concentrarea acţiunilor în mâinile unor acţionari principali (lichiditatea acţiunilor pe piaţă scade); retragerea acţiunilor de pe pieţele bursiere sau extrabursiere, la cererea emitentului (negociabilitatea şi, deci, valoarea acţiunilor retrase scade); răscumpărarea acţiunilor de pe piaţă, de către emitent sau acţionarii principali (preţul oferit poate fi cu mult mai mic decât cel de piaţă). Înseamnă că, pentru pierderile de valoare a acţiunilor suferite de investitori prin aceste operaţiuni, pot fi ţinuţi să răspundă administratorii, mai ales cei profesionali, care trebuie să se asigure că, odată ce acţiunile societăţii au fost cotate, devenind valori mobiliare, acestea trebuie menţinute pe piaţă (pentru ca valoarea acestora să fie dată în orice moment, de fluctuaţiile pieţei şi nu de alte elemente), ori dacă sunt retrase, să fie retrase cu grija de a nu prejudicia investitorii.

b) Cumpărătorul unui pachet de acţiuni ale unei societăţi, într-un procent care să-i asigure controlul asupra acesteia,

Scanned with OKEN Scanner

poate să-i acţioneze în răspundere pe administratori (în funcţie sau anteriori) pentru repararea prejudiciilor sociale născute din insuficienţa previziunilor bugetare ale administratorilor ori din incorectitudinea contabilităţii sau din inexactitatea conturilor. Această acţiune este, însă, dificil de probat.

După cum se ştie, cumpărarea unei întreprinderi poate lua forma unei cumpărări de acţiuni sau părţi sociale (se dobândeşte, astfel, o societate) sau a unei cumpărări de active (se dobândeşte astfel, unul sau mai multe fonduri de comerţ ale societăţii, care pot funcţiona ca unităţi distincte).

În cazul cesiunii fondului de comerţ, cum pasivul patrimonial nu face parte din fondul de comerţ, cedentul (vânzător) va fi cel care va avea de plătit acest pasiv (social), cu excepţia unei convenţii contrare, adiacente cesiunii fondului de comerţ (delegaţie, novaţie, subrogaţie[1]), când cesionarul (cumpărător) ar fi obligat şi la plata pasivului. Dacă, însă, cesiunea poartă asupra acţiunilor sau drepturilor sociale, se dobândeşte o societate, cu activele şi datoriile acesteia. La semnarea contractului de cesiune a drepturilor sociale se ţine seama, evident, de datoriile sociale, în stabilirea preţului. Dar, ulterior este posibil să apară un pasiv suplimentar, neprevăzut (datorii existente la momentul cesiunii lor necunoscute sau nedeclarate). Exemplu: impozite pe anii precedenţi, ori acţiuni în justiţie contra societăţii (răspundere contractuală sau delictuală). Societatea este ţinută, evident, şi de aceste datorii, dar cesionarul drepturilor sociale a fost înşelat în speranţele sale, văzându-se prejudiciat prin obligarea sa la plata unui preţ prea mare faţă de valoarea reală a societăţii. Or, acest lucru este inechitabil, vânzarea de drepturi sociale nefiind un contract aleatoriu.

Dreptul comun nu oferă o soluţie satisfăcătoare problemei.

Cum acţiunile ori părţile sociale sunt drepturi de creanţă contra societăţii, înseamnă că vânzarea de drepturi sociale

---

[1] Cesiunea de datorii nu e reglementată în dreptul românesc; o astfel de cesiune este reglementată în dreptul german.

Scanned with OKEN Scanner

este o cesiune de creanţă. La cesiunea de creanţă, însă, cedentul (acţionarul sau asociatul iniţial), garantează pe cesionar numai de existenţa creanţei nu şi de solvabilitatea debitorului cedat (societatea), deci cedentul nu garantează de plin drept valoarea drepturilor sociale transmise. În această situaţie, regula din dreptul comun ar putea fi completată cu o clauză specială în contractul de cesiune, stabilind în sarcina cedentului garanţia pasivului societăţii, pentru exactitatea bilanţului şi a celorlalte documente contabile de la care s-a pornit în stabilirea preţului contractului, ori cu angajamentul cedentului de a-şi asuma datoriile sociale ce nu apar în bilanţul societăţii, dar care s-au născut anterior cesiunii.

Pe de altă parte, fără o stipulaţie expresă, această garanţie a pasivului nu poate acoperi şi o eventuală diminuare ulterioară a activului social[1] cum ar fi creanţele societăţii care s-au dovedit a fi irecuperabile; garanţia care viza asumarea întregului pasiv, de orice natură ar fi fost, nu poate acoperi şi eroziunea activului. De aceea, este util să fie stipulată în contractul de cesiune şi clauza expresă de garanţie a activului.

Garanţia poate fi dată fie în favoarea cesionarului, fie chiar în favoarea amândurora. Când societatea este cea garantată, garantul va plăti direct societăţii ori direct creditorilor sociali.

2.4. Răspunderea civilă a administratorilor în caz de faliment al societăţii

2.4.1. Falimentul, *lato sensu*, include atât procedura reorganizării judiciare cât şi falimentul propriu-zis (acesta din urmă reprezintă o procedură colectivă şi organizată de lichidare a averii unui comerciant aflat în încetare de plăţi, în vederea acoperirii pasivului comerciantului respectiv, prin plata creanţelor din sumele obţinute în urma lichidării, ori prin

[1] Cass.com.fr., dec. din 14.05.1985, Bulletin Jolly, 1985, p. 782.

Scanned with OKEN Scanner

închiderea falimentului pentru insuficienţa activului). Aceste proceduri colective se aplică oricărui comerciant[1] care a încetat plăţile pentru datoriile sale comerciale (art.1 din Legea nr. 64/1995). Starea de ***încetare de plăţi***, denumită şi ***insolvenţă comercială***, nu se confundă cu insolvabilitatea civilă (care este o insolvabilitate ***reală***, desemnând deficitul patrimoniului debitorului, care are mai multe datorii decât elemente patrimoniale active). Starea de încetare de plăţi reprezintă un deficit acut de lichidităţi, care nu-i permite debitorului să-şi achite cu promptitudine obligaţiile sale comerciale băneşti[2], deficit ce provine din pierderea creditului (credibilităţii) comerciantului pe piaţă. De aceea, se poate spune că starea de încetare de plăţi este o insolvabilitate ***personală*** a comerciantului. Starea de încetare de plăţi (insolvenţă comercială) nu se confundă nici cu refuzul de plată al debitorului (care poate fi întemeiat sau nu), întrucât insolvenţa înseamnă ***neputinţa*** debitorului de a-şi plăti datoriile ("nu mai poate face faţă cu sumele de bani disponibile datoriilor sale exigibile" - art.20 din Legea nr. 64/1995). Debitorul care ***nu vrea*** să-şi plătească datoriile, trebuie acţionat în judecată prin procedura de drept comun; celui care ***nu poate*** să-şi plătească datoriile trebuie să i se aplice procedura colectivă a falimentului.

Falimentul, *lato sensu*, produce grave consecinţe faţă de societate. Astfel, conform art.67 alin. 2 din Legea nr.64/1995, declanşarea procedurii colective faţă de o societate comercială duce la instituirea supravegherii judecătorului-sindic asupra administrării societăţii de către reprezentanţii ei legali

---

[1] În dreptul francez, procedurile colective se aplică nu numai comercianţilor, ci oricărui debitor care organizează o ***întreprindere economică*** (incluzând aici şi activităţile artizanale, agricole ori profesiile liberale). Pt. amănunte, vz. YVES GUYON, *op.cit.*, tome II, Entreprise en dificulté, p. 439.

[2] Obligaţia de a da un lucru cert ori de a face sau de a nu face pot fi executate silit în natură (art. 1077 C.civ.; executarea coactivă din dreptul comercial); în caz de imposibilitate a executării lor în natură, aceste obligaţii se transformă în despăgubiri (art. 1075 C.civ.), adică, tot în datorii băneşti.

Scanned with OKEN Scanner

(care continuă să exercite această funcţie cu libertate limitată până când se decide de către tribunal începerea faţă de societate a falimentului propriu-zis, când administratorilor în funcţie li se ridică dreptul de a administra societatea - art.73 şi art.75, Legea nr 64/1995). Conform art.67[2] din Legea nr. 64/1995, după deschiderea procedurii de reorganizare, este interzis membrilor organelor de conducere ale debitorului, sub sancţiunea nulităţii, să înstrăineze, fără acordul tribunalului, acţiunile sau părţile lor sociale, deţinute la societatea (debitor) care este în reorganizare judiciară.

Pe de altă parte, falimentul propriu-zis al societăţii duce la dizolvarea acesteia (art.222 lit. f, Legea nr.31/1990; art.75, Legea nr.64/1995), adică, la ***desfiinţarea acesteia***, cu gravele sale consecinţe asupra salariaţilor (concedieri), asociaţilor (sumele investite în dobândirea de drepturi sociale contra societăţii vor putea fi recuperate numai după ce toţi creditorii sociali vor fi plătiţi, asociaţii având poziţia dezavantajoasă de creditori subordonaţi) şi asupra administratorilor (acestora li se ridică de drept prerogativele de gestiune şi conducere a societăţii, care trec la judecătorul-sindic şi la administratorul judiciar). Dispariţia unui agent economic (întreprindere, după terminologia franceză) provoacă dezavantaje şi statului şi comunităţilor locale, care vor fi privaţi de o sursă de venituri bugetare, dar şi împovăraţi cu sarcina reintegrării salariaţilor concediaţi, nemailuând în calcul şi creditorii sociali, mai ales cei chirografari, care se pot vedea în faţa perspectivei de a-şi recupera doar o mică parte din creanţă, dată fiind insuficienţa activelor sociale.

Cauzele falimentului sunt multiple (deopotrivă obiective şi subiective). Dar tocmai datorită gravelor consecinţe ale acestuia, trebuie decelate conjuncturile economico-sociale defavorabile de cauzalitatea subiectivă şi culpabilă a falimentului societăţii. De aceea, administratorii societăţii falite, pentru incompetenţa lor, lipsa de profesionalism, pentru fraudele lor în gestionarea averii sociale care au dus la falimentul societăţii, trebuie să răspundă patrimonial faţă de cei

Scanned with OKEN Scanner

prejudiciaţi prin aducerea în stare de faliment a societăţii: creditorii sociali, asociaţii, salariaţii. Iar în cazul în care redresarea activităţii societăţii este posibilă, dar depinde de înlocuirea unuia sau mai multor administratori ai societăţii, tribunalul va dispune această înlocuire, la cererea judecătorului-sindic, a procurorului, ori din oficiu, ori va suspenda dreptul de vot al acestor administratori în organele colective de conducere ale societăţii (art.59 din Legea nr.64/1995).

Administratorii societăţilor aflate în încetare de plăţi pot fi obligaţi de tribunal să acopere prejudiciul cauzat, în principal, creditorilor sociali, prin insuficienţa activului social fie ***indirect***, prin acoperirea unei părţi din pasivul social (art.123 din Legea nr. 64/1995), fie ***direct***, prin instituirea în contra administratorilor, a unui faliment personal (care se adaugă falimentului societăţii) ori prin instituirea unui faliment unic, personal contra administratorilor, care să înlocuiască falimentul societăţii când aceasta din urmă se dovedeşte a fi fost fictivă. Dar, în toate cazurile, răspunderea patrimonială a administratorilor trebuie să îşi păstreze caracterul ***excepţional***, dat fiind faptul că societatea comercială este o persoană juridică, cu subiectivitate proprie şi patrimoniu propriu, cu care trebuie să răspundă pentru datoriile sale (art.1718 C.civ.). În această idee, în presa franceză recentă[1] se reliefează faptul că este foarte important pentru şeful întreprinderii să aibă măsura pericolului ca societatea pe care o conduce să ajungă în încetare de plăţi şi că, pentru a preveni această situaţie, aceştia au datoria de a declanşa diversele proceduri de alertă atunci când încep să apară semne că degradarea situaţiei întreprinderii se confirmă.

Remarcăm faptul că în legislaţia noastră nu sunt reglementate asemenea proceduri de alertă ori măsuri de prevenire a încetării plăţilor (cu excepţia măsurilor de supraveghere ori administrare speciale instituite de BNR asupra băncilor). Mai

[1] Revista "Les Echos", numărul din 23.01.1997, articol publicat sub numele "Michel Duval, associé Deloitte and Touche Corporate Finance".

Scanned with OKEN Scanner

mult decât atât, spre deosebire de vechea reglementare a falimentului din codul comercial (art.695-888 C.com., abrogate prin Legea nr.64/1995) şi spre deosebire de actuala reglementare a procedurii colective din Franţa (Legea din ianuarie 1985), în actuala noastră reglementare, debitorul are numai ***dreptul***, nu şi obligaţia de a cere tribunalului declanşarea procedurii reorganizării judiciare ori a falimentului atunci când întreprinderea se află în încetare de plăţi (art.20 din Legea nr.64/1995 dispune că debitorul ***poate*** cere declanşarea procedurii atunci când se află în încetare de plăţi, ceea ce înseamnă mai mult decât o simplă şansă de redresare: înseamnă o favoare). În vechea reglementare şi în legislaţia franceză, ***debitorul este obligat*** să ceară declanşarea procedurii, sub sancţiunea penală pentru infracţiunea de bancrută simplă. Jurisprudenţa franceză consacră chiar caracterul automatic al sancţiunilor personale şi patrimoniale pronunţate contra unui administrator al unei societăţi, odată ce s-a constatat caracterul tardiv al declaraţiei sale de încetare a plăţilor de către societatea debitoare[1]; tribunalul nu e ţinut să verifice motivele depunerii tardive a bilanţului (cererea debitorului de a se declanşa faţă de sine procedura colectivă), pentru că, în spiritul legii franceze, procedura colectivă trebuie deschisă cât mai devreme posibil, cât mai aproape de momentul încetării plăţilor, pentru a se menţine şansele salvării întreprinderii care merită salvată. Dar falimentul personal este întotdeauna facultativ în legea franceză: tribunalul poate să-l pronunţe sau nu[2] pe considerente de oportunitate, chiar dacă s-a descoperit o greşeală a administratorului.

Pe de altă parte, în dreptul francez (ca şi în vederea reglementare a Codului comercial român), sunt posibile unele sancţiuni personale contra administratorilor, patrimoniale sau penale, precum şi unele interdicţii sau decăderi din dreptul de

---

[1] Decizia dată în aplicarea art. 189-5 din Legea din 25 ianuarie 1995; Cass.com.fr., decizia din 10.10.1995, în Revué des sociétés, ianuarie - martie 1996, cu *nota* aprobativă de ADRIENNE HONORAT.

[2] Cass.com.fr., dec. din 06.11.1974, Bull.civ. IV, no. 281, D. 1975, som. 26.

Scanned with OKEN Scanner

a exercita activităţi de natura celor exercitate de societatea debitoare administrată ori din dreptul de a alege sau de a fi ales. Aceste sancţiuni şi decăderi au fost eliminate în totalitate din actuala reglementare (există doar simpla interdicţie ca debitorul care, în cei cinci ani anteriori, a mai făcut obiectul unor proceduri colective, să mai ceară reorganizarea judiciară a întreprinderii sale, singura sa opţiune fiind falimentul propriu-zis).

Eliminarea sancţiunilor precum şi a obligaţiei de a declara încetarea plăţilor într-un timp scurt de la producerea acestuia, nu pare a fi o măsură de politică legislativă prea fericită, cel puţin faţă de administratorii culpabili de aducerea societăţii lor în stare de încetare de plăţi ori pentru întreprinderile care sunt viabile, au şanse de redresare, dar prin falimentul provocat de culpa conducătorilor săi, sunt condamnate la pieire. Pe lângă aspectul inhibitoriu la adresa administratorilor (care ar trebui să conducă la o conduită prudentă în afaceri a acestora şi loială faţă de societate), sancţiunile contra administratorilor ar putea fi, in extremis, singura şansă de redresare a societăţii viabile ori de acoperire a creanţelor sociale.

În ultimă instanţă, răspunderea patrimonială a administratorilor pentru falimentul societăţii rămâne o şansă aproape unică (şi, de altfel, greu de pus în practică) de acoperire a creanţelor creditorilor sociali în cazul insuficienţei activelor societăţii falite.

Sfera persoanelor chemate să răspundă patrimonial pentru falimentul societăţii când activele sociale sunt insuficiente este circumscrisă, deci, la administratorii societăţii. Din acest punct de vedere, administratorii societăţii falite au o poziţie juridică asemănătoare cu aceea a comerciantului persoană fizică falit[1].

[1] Y. GUYON, op.cit., tome II, p. 425; şi în dreptul englez (britanic), conform Insolvency Act din 1986, se admite posibilitatea unei responsabilităţi personale a administratorului, în cazul falimentului firmei, fondată pe imprudenţa în gestiune (wrongfull trading) ori pe reaua credinţă (frandulent trading).

Scanned with OKEN Scanner

În categoria administratorilor chemaţi să răspundă patrimonial pentru insuficienţa activului societăţii falite includem:

a) administratorii în funcţiune la data încetării plăţilor;

b) administratorii ***de fapt*** - adică acele persoane din cadrul societăţii care desfăşoară o activitate obişnuită de gestiune şi administrare a societăţii, fără să aibă calitatea de administrator de drept al societăţii (adică, acel administrator a cărui numire nu a fost adusă la cunoştinţa terţilor în mod legal). Acest administrator de fapt este, cel mai des, un administrator ***aparent***, lucrând ca atare în raporturile cu terţii, cum ar fi, spre exemplu, o persoană cunoscută de terţi ca administrator al societăţii dar care a fost revocat ori căruia i-a expirat mandatul. Dar el poate fi şi ocult, acţionând printr-un mandatar ***prête-nom*** (om de paie). Jurisprudenţa franceză include în categoria administratorilor de fapt:

➡ asociatul (acţionarul) majoritar sau care deţine controlul asupra societăţii, asociat care se amestecă făţiş sau în mod ocult în afacerile firmei, preluând conducerea acestora[1]; acest asociat nu devine administrator de fapt dacă se limitează la a asista la adunări şi lasă administratorilor propriu-zişi iniţiativa în materie de gestiune a societăţii;

➡ societatea-mamă, când se manifestă şi ca administrator al filialei;

➡ asociatul unic în societatea cu răspundere limitată când el nu este şi administratorul desemnat al societăţii;

➡ băncile care se comportă ca administrator de fapt al societăţilor pe care le susţin abuziv cu credite ori investiţii în capitalul social (participă la capitalul social al acestora, îşi delegă prepuşi care impun administratorilor societăţii cele mai importante decizii etc.). S-a statuat[2] că, pentru a pune o parte din responsabilitatea falimentului unei societăţi pe seama unei bănci care a susţinut, în mod abuziv şi în cunoştinţă de cauză

---

[1] Cass.com.fr., decizia din 25.10.1977, Revué des sociétés, 1979, p. 294.

[2] Cass.com.fr., decizia din 18.05.1993; s-a admis sancţionarea unei bănci, în calitate de ***administrator de fapt*** al unei societăţi falite, ***pentru susţinerea abuzivă a acestuia cu credite***.

Scanned with OKEN Scanner

o societate aflată în dificultate financiară, furnizându-i în mod durabil diverse credite, dintre care numeroase în condiţii neregulate şi fără ca prezentarea elementelor contabile ale societăţii să-i provoace în mod serios iluzia unei situaţii realmente sănătoase a societăţii, care să-i permită continuarea activităţii şi, de asemenea, în condiţiile în care însăşi durata acestei practici, ca şi diversitatea creditelor acordate şi importanţa unora dintre acestea, au compromis iremediabil situaţia societăţii, tribunalul trebuie să constate, în primul rând, că situaţia societăţii debitoare era într-adevăr, iremediabil compromisă, la momentul acordării creditelor abuzive. Mai apoi, tribunalul trebuie să constate că ***banca a prelungit***, prin creditele sale, ***activitatea unei întreprinderi a cărei situaţie o cunoştea ca fiind disperată***. Doar în aceste condiţii tribunalul poate obliga banca la suportarea unei părţi din pasivul societăţii debitoare[1];

➡ directorii tehnici, executivi (funcţionari ai societăţii), când se comportă ca şi cum ar fi administratorii propriu-zişi ai societăţii;

➡ când consiliul de administraţie este organizat ca un consiliu de supraveghere, cei ce nu sunt administratori operativi nu pot fi făcuţi responsabili de acoperirea părţii din pasiv, cu excepţia cazurilor de greşeală personală a acestora, care a cauzat proasta gestiune sau când s-au comportat ca şi când ar fi administratorii operativi.

Soluţiile jurisprudenţei franceze sunt deopotrivă inedite şi judicioase, fapt pentru care ar putea fi puse în practică şi la noi, mai ales în ce priveşte băncile care susţin abuziv societăţi pe care le ştiu a fi într-o situaţie iremediabil compromisă. Cazuri practice de acest gen se pot întâlni des la noi în perioada de tranziţie, un exemplu elocvent fiind cel al societăţilor de stat, continuatoare ale fostelor întreprinderi socialiste de stat: multe dintre aceste societăţi sunt într-o stare virtuală de faliment încă din 1990, când s-au constituit, producând

[1] C.Ap.Paris, decizia din 0.03.1978, Dalloz 1978, I.R. 420.

Scanned with OKEN Scanner

continuu pierderi şi mărfuri greu vandabile, după principiile defunctului "plan naţional unic de dezvoltare economică şi socială" şi, cu toate acestea, băncile de stat şi chiar statul (prin subvenţii de la buget)[1], continuă să le susţină cu credite, deşi este un secret al lui Pollichineles că nu vor avea şanse să producă vreodată şi profit, nu numai pierderi.

c) Administratorii persoane juridice: sunt responsabili, atât persoane juridice în sine, cât şi persoane fizice - reprezentant al persoanei juridice administrator;

d) Administratorul ***retras*** sau ***revocat*** - obligaţia subzistă dacă situaţia care a dus la insuficienţa activului a luat naştere în timpul exercitării mandatului său[2] Dacă retragerea sau revocarea nu a fost publicată conform legii pentru a ajunge la cunoştinţa terţilor, acest administrator poate fi considerat un administrator de fapt (aparent), mai ales când a continuat să se comporte ca atare.

2.4.2. Cazurile de răspundere

A. Acoperirea unei părţi din pasiv

Din art. 123 din Legea nr. 64/1995, rezultă că tribunalul poate dispune ca o *parte* din pasivul societăţii pe acţiuni sau al societăţii cu răspundere limitată[3], ajunsă în stare de încetare de plăţi, să fie suportat de către membrii organelor de conducere - administratori, directori, cenzori[4] - care au

---

[1] Pt. un caz de jurisprudenţă franceză în care statul a fost obligat să răspundă pentru falimentul unei societăţi susţinute abuziv prin subvenţii. Vz. Trib.com. Rouen, decizia din 10.03.1981, citată de Y. GUYON,*op.cit.*, tome II, p. 441.

[2] Vz., în acest sens, şi I. TURCU, *"Răspunderea membrilor organelor de conducere ale societăţilor comerciale reglementată de Legea nr. 64/1995"*, în RDC nr. 3/1996, p. 64, unde se arată că "legea nu distinge între conducătorii în funcţie la data deschiderii procedurii şi conducătorii anteriori, lăsând la aprecierea tribunalului să stabilească dacă atât unii, cât şi ceilalţi au contribuit la ajungerea societăţii în faliment ca autori ai unora din faptele menţionate."

[3] Textul, care consacră o răspundere excepţională a administratorului pentru datoriile sociale nu se extinde prin analogie şi la societăţile de persoane. Vz. în acelaşi sens, I. TURCU.,*lucr.cit.* în RDC nr. 3/1996, p. 62.

[4] Cenzorii nu sunt organe de conducere, ci organe de control alesocietăţii.

Scanned with OKEN Scanner

contribuit la ajungerea societăţii în această situaţie, prin una din următoarele fapte:

➡ au folosit bunurile sau creditele societăţii în folosul propriu sau în cel al unei alte societăţi;

➡ au făcut acte de comerţ în interes personal, sub acoperirea societăţii;

➡ au dispus, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea în mod vădit la încetare de plăţi;

➡ au ţinut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu legea;

➡ au deturnat sau au ascuns o parte din activul societăţii sau au mărit, în mod fictiv, pasivul acestuia;

➡ au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura societăţii fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăţi;

➡ în luna precedentă încetării plăţilor, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferinţă unii creditori în dauna celorlalţi creditori.

În cazul în care faptele enumerate îmbracă formă penală, persoanele vinovate îşi angajează şi răspunderea penală.

Această răspundere a administratorilor nu e limitată la cazul falimentului propriu-zis; ea se extinde şi la cazul reorganizării judiciare. Astfel, art. 124 din Legea nr. 64/1995 dispune că sumele la care au fost obligaţi administratorii pentru acoperirea unei părţi din pasivul societăţii intră în patrimoniul societăţii, urmând a fi destinate:

➡ în cazul reorganizării judiciare, pentru completarea fondurilor necesare continuării activităţii societăţii;

➡ în cazul falimentului, pentru plata datoriilor.

Însă răspunderea persoanelor vizate de art. 123 nu este automată,[1] ea fiind o facultate acordată tribunalului, care

[1] În dreptul francez, obligaţia administratorilor de a acoperi o parte din pasivul societăţii este o ***consecinţă automată*** a declanşării procedurii colective faţă de societate; fiind o obligaţie asemănătoare cu obligaţia asociaţilor în societăţile de persoane, ţinuţi solidar şi indefinit pentru pasivul

poate institui această răspundere a administratorilor la cererea judecătorului-sindic, a oricăruia dintre creditori, a camerei de comerţ şi industrie teritorială sau din oficiu; tribunalul poate institui şi măsuri asiguratorii contra administratorilor vizaţi, în vederea garantării acoperirii unei părţi din pasivul social (art. 125).

Răspunderea reglementată de art. 123 din Legea nr. 64/1995 nu este o extindere a procedurii falimentului asupra administratorului: subiectul acestei proceduri rămâne în continuare societatea. Această răspundere este o răspundere personală a administratorilor (şi celelalte persoane din conducerea societăţii vizate de textul art. 123), care intervine numai atunci când, prin săvârşirea faptelor enumerate, s-a ajuns la starea de încetare a plăţilor de către societate, iar fondurile societăţii nu sunt suficiente pentru continuarea activităţii societăţii (în caz de reorganizare) ori pentru plata tuturor datoriilor societăţii (în caz de faliment).

Se observă că acest tip de răspundere nu are în vedere şi societăţile de persoane, deşi, chiar şi aceste societăţi pot fi aduse în stare de încetare de plăţi prin faptele culpabile ale administratorilor lor. Este, însă, adevărat că, în aceste societăţi, de regulă, administratorii sunt şi asociaţi, în această din urmă calitate răspunzând nelimitat şi solidar pentru datoriile sociale. Numai că textele din Legea nr. 31/1990 referitoare la răspunderea asociaţilor în societăţile de persoane pentru datoriile sociale (art. 3 alin. 2; art. 85) nu sunt concordante cu art. 111 din Legea nr. 64/1995, putând provoca disfuncţionalităţi şi confuzii. Astfel, conform art. 3 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, asociaţii în societăţile de persoane răspund nelimitat şi solidar pentru datoriile sociale; creditorii societăţii se vor îndrepta, mai întâi, împotriva acesteia pentru obligaţiile societăţii şi numai dacă societatea nu le plăteşte în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, se vor putea îndrepta împotriva

---

societăţii. Vz. în acest sens, Y GUYON, *op.cit.*, p. 425; Cass. com.fr., decizia din 10.10.1995, Revué des sociétés, ianuarie-martie 1996, *nota*, ADRIENNE HONORAT.

Scanned with OKEN Scanner

acestor asociaţi[1]. De asemenea, art. 85 din Legea nr. 31/1990 dispune că asociaţii în societatea în nume colectiv sunt obligaţi nelimitat şi solidar pentru operaţiunile îndeplinite în numele societăţii de persoanele care o reprezintă; hotărârea judecătorească obţinută împotriva societăţii este opozabilă oricărui asociat.[2] În schimb, conform art.111 din Legea nr. 64/1995, în cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unei societăţi de persoane nu sunt suficiente pentru plata creanţelor, înregistrate şi verificate, împotriva societăţii, ***judecătorul-sindic*** (şi nu tribunalul - n.n.) va putea proceda (direct) la executarea silită împotriva asociaţilor cu răspundere nelimitată. Dar încheierea tribunalului de a se lua act de deschiderea procedurii colective ori de a începe procedura falimentului "propriu-zis", este o hotărâre "împotriva societăţii" deci opozabilă ***automat*** asociaţilor cu răspundere nelimitată, conform art. 85 alin. 2 din Legea nr. 31/1990 ? Mult mai precis era, în această privinţă, fostul art. 867 C.com. care dispunea, în mod logic, şi conform cu principiile aplicabile societăţilor de persoane că "falimentul unei societăţi în nume colectiv sau în comandită produce şi falimentul soţilor ilimitat responsabili; tribunalul va declara prin aceeaşi sentinţă falimentul societăţii şi al soţilor; [...] cu toate acestea patrimoniul societăţii va fi ţinut deosebit de cel al fiecărui soţ, atât la formarea inventarului, cât şi la operaţiunile administrative şi ale "lichidării pasivului şi activului".

Care este ***natura juridică*** a acestei răspunderi a administratorilor pentru acoperirea unei părţi din pasiv ?

În doctrina românească[3] şi cea franceză[4] se admite unanim

---

[1] Textul consacră caracterul subsidiar, de garanţie, al răspunderii asociaţilor pentru datoriile societăţii, dar este confuz, permiţând creditorilor să aştepte 15 zile după punerea în întârziere a societăţii, după care să-i acţioneze direct pe asociaţi.

[2] Alin. 2 al art. 85 anulează, practic, art. 3 alin. 2 teza II, care consacră caracterul subsidiar şi de garanţie al răspunderii asociaţilor pentru datoriile sociale în societăţile de persoane.

[3] I. TURCU, *lucr.cit.*, în RDC nr. 3/1996, p. 63.

[4] Y. GUYON, *op.cit.*, tome II, p. 427.

Scanned with OKEN Scanner

că este vorba de o răspundere specială[1] *care* ***împrumută cele mai multe din caracteristicile răspunderii delictuale*** (iar când faptele enumerate la art. 123 care au dus la încetarea plăţilor de către societate sunt infracţiuni, răspunderea persoanelor vizate are, indubitabil, caracter delictual).

Fiind vorba de o răspundere delictuală, înseamnă că, pentru a fi angajată trebuiesc îndeplinite condiţiile generale ale răspunderii civile delictuale, care reies din art. 998-999 C.civ. (fapta ilicită, prejudiciul, legătura de cauzalitate, culpa), condiţii care, în această situaţie specială, capătă şi unele conotaţii speciale.

Astfel, administratorii sau celelalte persoane din conducerea societăţii sunt responsabili (atât faţă de asociaţi, cât şi faţă de creditorii sociali) pentru reaua sau frauduloasa gestiune a patrimoniului societăţii. ***Greşeala de gestiune***, în sens larg, reprezintă fie eroarea sau imprudenţa în gestiune, fie violarea legii sau a actului constitutiv, putând consta, aşa cum rezultă şi din enumerarea făcută de art. 123 din Legea nr. 64/1995, în[2]: afaceri ruinătoare pentru societate, continuarea abuzivă a unei exploatări deficitare, încredere nemăsurată în cei ce exercită administrarea operativă a societăţii, deturnarea unor afaceri ale societăţii în interesul personal al administratorului etc.

Prejudiciul constă în insuficienţa activului societăţii (fracţiunea din creanţe care nu a putut fi acoperită cu fonduri provenind din lichidarea activului societăţii; insuficienţa fondurilor necesare continuării şi redresării activităţii societăţii, în cazul reorganizării sale judiciare). Scopul acestei obligaţii (răspunderi) a administratorilor nu este sancţionarea lor, ci ***acoperirea prejudiciului***. Deşi din art. 123 din Legea nr. 64/1995 ar rezulta că administratorii ar putea fi obligaţi să acopere

---

[1] D.D. GEROTA, în "*Teoria generală* ...", p. 20, făcea sugestiv observaţia că "regulile juridice ale dreptului comun au fost prevăzute pentru situaţii normale; or, în comerţ negustorul se află într-o perpetuă stare excepţională" ceea ce justifică derogările de la dreptul comun pe care le instituie dreptul comercial.

[2] Vz., pt. jurisprudenţa franceză, Cass. com. fr., dec. din 21 nov. 1997, în "Bulletin des arrets de la Cour de Cassation", IV, p. 227, nr. 269.

Scanned with OKEN Scanner

numai parţial pasivul social, în realitate, tribunalul nu este limitat în ceea ce priveşte partea din pasiv ce trebuie acoperit de administratori, putând dipune obligarea acestora la acoperirea întregului pasiv rămas neacoperit din averea societăţii[1], pentru că o "parte din pasiv" înseamnă chiar partea rămasă neacoperită din fondurile societăţii.

Dacă în dreptul comun judecătorul care constată existenţa faptei ilicite, trebuie să-l condamne pe făptuitor la reparaţii egale cu prejudiciul real, în schimb, în această materie, tribunalul poate fixa întinderea reparaţiei la aprecierea sa, ţinând cont de gravitatea faptei şi natura funcţiilor îndeplinite. Condamnarea administratorului nu e o urmare necesară a existenţei unei datorii neplătite, dar tribunalul nu poate pronunţa o condamnare la o sumă mai mare decât cea reprezentând insuficienţa activului. Neplata de către administratorul condamnat, a sumei la care a fost condamnat, duce la executarea sa silită (în dreptul francez poate duce la falimentul personal al administratorului).

Obligaţia la care ne referim nu va exista atâta timp cât se execută planul de reorganizare şi nu se observă încă insuficienţa fondurilor necesare redresării. Obligaţia nu există nici dacă insuficienţa fondurilor rezultă din continuarea deficitară a exploatării întreprinderii în perioada reorganizării, şi nu din faptele culpabile ale administratorilor săvârşite înainte de încetarea plăţilor. Insuficienţa fondurilor necesare continuării activităţii societăţii trebuie să fie indubitabilă, dar aceasta nu înseamnă că trebuie aşteptat sfârşitul procedurii reorganizării judiciare pentru a se lua măsura completării activului de către administratori.

Greşeala de gestiune a administratorului (faptele enumerate de art. 123 care, dacă au dus la încetarea plăţilor societăţii sau dacă îmbracă caracter penal, devin elemente ale răspunderii, condiţii ale acesteia, ca ***fapte ilicite***) ***trebuie să fi contribuit*** la insuficienţa activului. A contribui la crearea insu-

[1] În acelaşi sens, I. TURCU, *lucr.cit.*, RDC nr. 3/1996, p. 65.

Scanned with OKEN Scanner

ficienţei activului, nu înseamnă a cauza această insuficienţă a activului, ceea ce înseamnă că ***legătura de cauzalitate*** dintre greşeala de gestiune şi insuficienţa activului este, de fapt, o ***cauzalitate parţială***.[1] Din această cauză, acest element al răspunderii delictuale pentru insuficienţa pasivului este dificil de dovedit[2].

În legislaţia franceză anterioară actualei reglementări cu privire la procedurile colective se instituise în favoarea creditorilor sociali prejudiciaţi prin insuficienţa activului, pentru a le uşura sarcina probei, o dubla prezumţie: o prezumţie de greşeală a administratorului în gestiunea patrimoniului societăţii şi o prezumţie de cauzalitate între greşeală şi insuficienţa activului- art. 99 din Legea din 1968 (Legea din ian. 1985 a suprimat aceste prezumţii, datorită caracterului artificial al lor şi gravelor inconveniente pe care le implicau).

În legea noastră, însă, revine celor interesaţi să facă dovada, chiar dificilă, a tuturor elementelor răspunderii civile (delictuale) a administratorului pentru insuficienţa activului, inclusiv a legăturii de cauzalitate şi a culpei.

Deşi este, într-adevăr, dificil de dovedit că faptele administratorilor (care se subsumează culpei în gestiune şi care sunt enumerate de art. 123 din Legea nr. 64/1995), au dus nemijlocit la crearea prejudiciului ce constă în insuficienţa activului, dat fiind faptul că încetarea plăţilor poate fi generată de multiple cauze, inclusiv obiective (conjunctura economică nefavorabilă; falimentul unei întreprinderi de care societatea în cauză depinde etc.), totuşi, proba răspunderii nu este imposibilă. În primul rând, e suficient să se probeze că administratorul a ***contribuit***, prin faptele enumerate de art. 123 la aducerea societăţii în stare de încetare de plăţi şi la insuficienţa activului (şi nu neapărat că aceste fapte ***au cauzat încetarea plăţilor*** şi insuficienţa activului). În al doilea rând progresul tehnicilor de gestiune a făcut mai uşoară proba

---

[1] Y. GUYON, *op.cit.*, tome II, p. 430.

[2] Pt. diferitele teorii cu privire la raportul de cauzalitate ca element al răspunderii civile delictuale, vz. C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p.171-180.

Scanned with OKEN Scanner

greşelii de gestiune. Managementul gestiunii e o disciplină cu caracter ştiinţific; el se bazează pe tehnicile contabilităţii analitice; o greşeală de gestiune înseamnă fie că, atunci când contabilitatea este corect ţinută, administratorul nu observă indicii de alertă sau nu dă curs avertismentului cenzorilor pentru a lua din timp măsuri de redresare, fie că, atunci când contabilitatea nu e corect ţinută, dificultăţile devin imprevizibile şi, de cele mai multe ori, de neînlăturat (de altfel, contabilitatea greşit ţinută sau fictivă reprezintă o greşeală de gestiune în sine).

Pe de altă parte, managerii profesionişti (cum sunt societăţile specializate în management), sunt instruiţi contra acestor situaţii ba chiar uneori (cum ar fi procedura administrării speciale a băncilor) sunt desemnaţi administratori tocmai în ideea de a evita încetarea plăţilor de către societatea administrată şi de aceea, însăşi încetarea plăţilor de către societatea administrată reprezintă un serios indiciu de greşeală în gestiune.

Cu toate acestea, nu e, totuşi, indicat ca, aceia care şi-au asumat riscul de a conduce o societate ce întâmpină dificultăţi (mai ales în perioadele de criză) să fie prea sever sancţionaţi pentru falimentul societăţii, mai ales că rar se întâmplă ca falimentul să aibă ca unic motiv (cauză) proasta gestiune. De aici rezultă concluzia că răspunderea pentru insuficienţa activului trebuie **angajată *doar dacă acest prejudiciu a rezultat direct din greşeala de gestiune***, iar la încetarea plăţilor societăţii a ***contribuit*** prin faptele sale culpabile, administratorul.

B. Falimentul administratorului pentru deturnarea afacerilor societăţii în interes propriu

S-a văzut că, atunci când administratorii (sau celelalte persoane din conducerea societăţii) fac acte de comerţ în interes personal, sub acoperirea societăţii şi această faptă a contribuit la ajungerea societăţii în stare de încetare de plăţi, tribunalul poate să-l oblige pe administratorul respectiv să acopere o parte din pasivul societăţii (art. 123 lit. b din Legea nr. 64/1995).

Scanned with OKEN Scanner

Dar deturnarea afacerilor societăţii în interesul propriu al administratorului poate să-l transforme pe acesta în ***comerciant***: în cazul administratorului persoană fizică, dacă afacerile derulate sub acoperirea societăţii, dar în interes propriu, şi pe risc economic propriu, au devenit o profesiune pentru administrator (art. 7 C.com.); în cazul administratorului-persoană juridică, prin simpla deturnare a afacerilor societăţii în interes propriu, pentru că administratorul-persoană juridică este comerciant. În acest fel, la cererea creditorilor sociali, tribunalul poate să instituie contra administratorului în cauză procedura falimentului care ***se adaugă*** la falimentul societăţii, pentru că, în această situaţie administratorul este stăpânul afacerii şi, deci, debitor al creanţelor rezultate din deturnarea afacerilor societăţii. De altfel, în cele mai multe cazuri, deturnarea interesului social lipseşte de cauză actul juridic încheiat în atari condiţii de administratorul respectiv în numele societăţii, ceea ce reprezintă un caz de nulitate absolută a actului, constatarea nulităţii fiind urmată de restituirea prestaţiilor efectuate în baza unui act juridic nul.

Acest faliment alăturat falimentului societăţii nu trebuie confundat nici cu instituţia ***extinderii procedurii*** colective a societăţii asupra administratorilor săi, nici cu instituţia ***falimentului personal***, ambele instituţii fiind reglementate în dreptul francez; aceste instituţii nu reprezintă un faliment al administratorului alăturat falimentului societăţii, ci ***consecinţe*** ale unui faliment unic, falimentul societăţii. Astfel:

a) Extinderea procedurii colective asupra administratorilor societăţii se dispune de tribunal pentru ***abuzul de funcţia*** de administrator (care este mai grav decât simpla greşeală de gestiune - pentru aceasta din urmă, la francezi, se produce efectul automat al răspunderii administratorilor pentru acoperirea pasivului, când activul social este insuficient[1]). Această extindere a procedurii colective nu se produce automat (ca la

[1] Art. 123 din legea română nu face distincţie între abuzul de funcţie şi greşeala în gestiune, înglobându-le pe amândouă în enumerarea de la lit. a - lit. g.

Scanned with OKEN Scanner

obligaţia de acoperire a unei părţi din pasiv), ci numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiţii alternativ :

➡ administratorul a făcut acte de comerţ în interes personal, acoperit sub masca personalităţii juridice a societăţii;

➡ administratorul a beneficiat de bunurile societăţii ca de bunurile proprii (abuz de bunuri sociale, care este un delict penal);

➡ administratorul a continuat în interes personal, o exploataţie deficitară, care nu poate duce decât la agravarea pasivului;

➡ administratorul nu a ţinut o contabilitate regulată;

➡ administratorul a deturnat sau disimulat tot sau o parte din activul social sau a mărit fraudulos pasivul social, deci, în esenţă, a confundat, mai mult sau mai puţin, patrimoniul societăţii cu patrimoniul său.

b) Falimentul personal al administratorului unei societăţi supuse procedurii colective nu e un faliment propriu-zis, ci este, de fapt, o ***sancţiune penală*** (care include pedepse, interdicţii, decăderi din drepturi civile sau politice) şi ***patrimonială*** aplicată persoanelor vinovate de aducerea unei întreprinderi în stare de încetare de plăţi. Falimentul personal nu apare decât în cazuri deosebit de grave şi în mod excepţional; el se aplică numai persoanelor fizice (comercianţi, artizani, agricultori, administratori ai societăţilor comerciale); el apare ca fiind şi o măsură de siguranţă contra acelor persoane care s-au dovedit a fi nocive, prin activitatea lor frauduloasă, întrucât acest faliment personal antrenează o interdicţie de a face comerţ sau de a exercita o altă activitate de natura celei care a atras falimentul personal (în cazul în care în ciuda interdicţiei, falitul continuă să exercite aceste activităţi e pasibil de sancţiuni penale). Falitul rămâne ţinut să plătească pasivul societăţii, dar el este decăzut din dreptul de a-şi mai administra societatea, precum şi din alte drepturi (dreptul de a ocupa o funcţie publică electivă, de a alege etc.), reunite cu interdicţia de a mai administra sau controla o altă societate, pe un anumit număr de ani. Falimentul personal poate fi

Scanned with OKEN Scanner

pronunţat indiferent dacă societatea (ori întreprinderea) îşi continuă activitatea sau este lichidată, întrucât, în dreptul francez, soarta întreprinderii este separată de soarta debitorului, în ideea de a salvgarda întreprinderea, dacă merită şi de a elimina din câmpul relaţiilor comerciale debitorii necinstiţi[1].

Trecerea în revistă a celor două instituţii este menită a reliefa caracterul eronat al soluţiei legislative de a se renunţa la orice sancţiune personală contra administratorului vinovat de falimentarea societăţii sale; această soluţie încalcă de fapt, una din cerinţele esenţiale ale procedurii falimentului, aceea de a asana mediul economic (şi chiar social) de acei comercianţi debitori, administratori de societăţi care au periclitat grav, prin activitatea lor frauduloasă, securitatea circuitului comercial şi a creditului.

Întrebarea care se pune este dacă un asemenea faliment al administratorului (care nu se confundă cu cele 2 instituţii din dreptul francez), alăturat falimentului societăţii poate fi considerat ca admisibil, din moment ce societatea este persoană juridică, iar administratorul acţionează nu în nume propriu (cel puţin aparent) ci în numele şi pe seama societăţii. Dar actele juridice şi operaţiunile deturnate de la scopul lor real, adică satisfacerea interesului social, îndeplinirea obiectului social, nu mai sunt ale societăţii, ci ale administratorului. Deci administratorul, ca de altfel orice mandatar care îşi depăşeşte mandatul, este cel obligat în astfel de operaţiuni, iar aparenţii creditori sociali sunt, de fapt, creditori administratorului. Dacă aceste operaţiuni sunt săvârşite şi cu titlu de profesiune de administrator, atunci şi riscul economic al acestor operaţiuni trebuie să-i incumbe; de aceea, considerăm că falimentul administratorului este admisibil.

O situaţie specială întâlnim în cazul societăţii cu răspundere limitată cu asociat unic declarată în faliment. Conform art. 222 lit. f din Legea nr. 31/1990, falimentul societăţii

---

[1] Pt. amănunte privind instituţia falimentului personal şi cea a extinderii procedurii colective asupra administratorului, vz. Y. GUYON, *op.cit.*, tome II, p. 441 şi urm.; M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 146-147.

Scanned with OKEN Scanner

provoacă dizolvarea acesteia (dizolvarea se dispune de către tribunal, prin încheiere, odată cu începerea procedurii falimentului propriu-zis). Art. 231 alin. 1 din Legea nr. 31/1990, dispune că dizolvarea unei societăţi cu răspundere limitată cu asociat unic atrage ***transmiterea universală a patrimoniului societăţii*** (cu toate drepturile, bunurile şi obligaţiile acesteia - n.n.), ***la asociatul unic***, fără lichidare. Înseamnă că falimentul acestei societăţi face ca, prin dizolvarea societăţii, toate datoriile sociale să treacă la asociatul unic, societatea fiind automat lichidată (îşi încetează existenţa) prin dizolvare dacă, în termen de 30 de zile de la încheierea tribunalului prin care s-a pronunţat falimentul nu s-a făcut opoziţie ori când opoziţia s-a respins (art. 231 alin. 2). Procedura falimentului se continuă, deci, împotriva fostului asociat unic, care poate să fie (şi, de obicei, este) necomerciant. Coroborat cu art. 222 lit. f, art. 231 din Legea nr. 31/1990 consacră unele excepţii importante de la două principii ale dreptului comercial român: că falimentul se aplică numai comerciantului; că asociaţii într-o societate cu răspundere limitată răspund numai până la concurenţa aportului lor la capitalul social (acest efect se mai menţine doar câtă vreme societatea este în fiinţă, adică nu a intrat în dizolvare sau în faliment).

De aceea, administratorul care este şi asociat unic al societăţii administrate poate fi declarat în faliment atât pentru deturnarea afacerilor societăţii în interes propriu (când dobândeşte calitatea de comerciant) cât şi prin instituirea falimentului faţă de societate (când dobândeşte calitatea de succesor universal al societăţii, deci şi de debitor pentru datoriile sociale).

C. Societatea comercială fictivă

Jurisprudenţa franceză[1] admite că, dacă în cursul unei proceduri colective deschise contra unei societăţi aceasta se

[1] Cass.com.fr., dec. din 9.04.1991, Bull.civ.IV, nr. 128, p. 92, Recueil jurisprudence Dalloz, 1992, sommaire 3.

Scanned with OKEN Scanner

dovedeşte a fi ***fictivă*** procedura trebuie extinsă (mai precis, translată) asupra celor care apar ca veritabili debitori, adică administratorii acestei societăţi care au folosit societatea ca un paravan pentru afacerile lor, confundând patrimoniul societăţii cu propriul patrimoniu. Societatea fictivă este o societate aparentă, de faţadă: ea nu există decât pentru a camufla afacerile proprii ale unor persoane din conducere sau pentru a eluda unele interdicţii legale (spre exemplu: o persoană fizică/juridică nu poate fi asociat unic decât într-o singură societate cu răspundere limitată; o societate pe acţiuni nu se poate constitui cu mai puţin de 5 acţionari - ambele interdicţii pot fi eludate prin cooptarea unor noi asociaţi, cu procente infime de participare la capitalul social). Societatea fictivă este o aplicaţie, în această materie specifică, a regimului juridic al ***simulaţiei***, regim juridic care se completează cu unele reguli speciale.

Astfel, aşa cum este cunoscut, în baza art. 1175 C.civ.,actul secret, care modifică actul public (aparent), nu poate avea efect decât între părţile contractante, el nefiind opozabil terţilor. Rezultă că terţii sunt ţinuţi doar de actul public (aparent) care le este opozabil. Însă terţii şi, în special, creditorii au posibilitatea de a lipsi de efecte actul public prin acţiunea ***în constatarea simulaţiei***, în cadrul căreia, dovedind că actul public este simulat, vor face aplicaţia actului secret (real). În cazul în care o parte din creditori au interesul de a invalida efectele actului public (prin acţiunea în constatarea simulaţiei), iar o altă parte dintre aceştia au interesul de a se prevala de actul public (invocând inopozabilitatea faţă de ei a actului secret, în baza art. 1175 C.civ.), se va da prevalenţă celor care s-au bazat, cu bună credinţă, pe actul public[1]. Pentru a face, însă, eficient actul secret, e necesar ca acest act să fie valabil încheiat; această condiţie face ca teoria simulaţiei să nu poată fi pe deplin satisfăcătoare pentru necesităţile falimentului unei societăţi fictive, dat fiind faptul că, în mare

[1] Pentru amănunte, vz. C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 78-79.

Scanned with OKEN Scanner

parte, actele şi operaţiunile încheiate de administratori în nume propriu, dar sub camuflarea unei societăţi fictive sunt nule.

Societatea fictivă este, deci, o formă, cu caractere specifice, a simulaţiei. Societatea fictivă este opusă societăţii de fapt[1]. Societatea de fapt este creată ca atare de asociaţi, ei nedorind să îmbrace raporturile lor juridice contractuale în forma unei societăţi, dar acţionând ca şi când ar fi asociaţi (cum ar fi, spre exemplu, doi soţi, dintre care unul are calitatea de asociat unic într-o societate cu răspundere limitată: dacă soţul neasociat colaborează cu celălalt soţ în îndeplinirea obiectului de activitate al societăţii, existând *affectio societatis*, atunci ei creează o societate de fapt, deşi, scriptic, nu sunt asociaţi). Societatea de fapt nu are personalitate juridică, având caracter ocult. În schimb, societatea fictivă există ca atare între asociaţi; ea beneficiază de personalitate juridică, până în momentul în care, de regulă, în cazul falimentului, dar şi într-o acţiune propriu-zisă în constatarea simulaţiei, s-a constat că este o societate aparentă, ceea ce înseamnă lipsirea ei de personalitate juridică.

Actul aparent (public) este, deci, contractul de societate, care are ca efect, în condiţiile în care sunt îndeplinite formalităţile prevăzute de lege, crearea unui subiect de drept (persoana juridică) distinct de asociaţi. Dar această personalitate juridică este fictivă, nereală. De aceea, pentru datoriile apărute în sarcina acestei societăţi în cursul existenţei şi activităţii sale, pot fi ţinute persoanele care au acţionat în numele şi pe seama acestei persoane juridice nereale, fictive, dar pe care au folosit-o ca un paravan pentru afacerile proprii, cunoscând faptul că, în calitate de asociaţi, nu răspund decât în limita aportului lor la capitalul social pentru datoriile sociale,

[1] Societatea de fapt nu se confundă cu societatea ***devenită*** de fapt ca urmare a constatării nulităţii ei sau ca urmare a expirării termenului pentru care a fost creată. O astfel de societate are personalitate juridică până la radierea sa din registrul comerţului, nulitatea neavând efecte retroactive (art. 58-59 din Legea nr. 31/1990).

Scanned with OKEN Scanner

cu excepţia societăţilor de persoane, în cazul cărora e mai greu de întâlnit societatea fictivă, iar în calitate de administratori, că actele şi operaţiunile săvârşite sunt ale societăţii şi nu ale administratorilor.

Pentru motivele arătate, considerăm că, pornind de la regimul juridic al simulaţiei, se poate aplica şi în jurisprudenţa noastră soluţia (frecventă) din jurisprudenţa franceză recentă, soluţie modernă, de a sancţiona pe administratorii unei societăţi ajunsă în faliment care, mizând pe calitatea de persoană juridică a societăţii, au săvârşit diverse afaceri în nume propriu, dar sub camuflarea societăţii şi prejudiciind, astfel, pe creditorii sociali, prin insuficienţa activului, soluţie ce se poate pronunţa dacă se dovedeşte că societatea era fictivă.

Societatea fictivă se poate prezenta sub toate cele trei forme ale simulaţiei: act fictiv, act deghizat, simulaţie prin interpunere de persoane.

Frecvent, societatea ascunde un alt contract (alte raporturi juridice) între asociaţi, ori ascunde afacerea unei singure persoane (societatea de faţadă). Societatea de faţadă, spre exemplu, este de obicei rezultatul unei fraude la lege[1], prin constituirea unor societăţi pe acţiuni cu caracter personal sau familiar (pentru ca societatea să aibă cel puţin 5 acţionari, sunt cooptaţi acţionari cu procente de participare la capitalul social infime sau modice), sau prin organizarea unor întreprinderi individuale deghizate sub forma unei societăţi în care asociatul/asociaţii au o răspundere limitată la capitalul social subscris pentru datoriile sociale, cu scopul vădit de a sustrage patrimoniul asociaţilor de sub puterea de acţiune a creditorilor[2]. Întreprinderea individuală deghizată sub forma unei

---

[1] Vz., în acelaşi sens, FL. ŢUCA - "*Societatea comercială fictivă*", în RDC nr. 10/1996, p. 112.

[2] I.L. GEORGESCU, "*Simularea societăţii pe acţiuni ca manifestare a tendinţei limitării răspunderii în raporturile comerciale*", Pandectele Române, 1932, partea a IV-a, p. 82-93; D.D. GEROTA, "*Societăţile anonime simulate*", Pandectele Române, 1932, partea a IV-a, pag. 102-113, ambii autori români interbelici, citaţi de FL. ŢUCA, *lucr.cit.*, în RDC nr. 10/1996.

Scanned with OKEN Scanner

societăţi se întâlneşte frecvent în cazul societăţii cu răspundere limitată cu asociat unic; din aceste motiv, această formă de societate nu oferă comerciantului decât o securitate iluzorie, dacă acesta nu înţelege să respecte, în orice moment, separarea patrimoniului său de patrimoniul societăţii.

S-a văzut, de altfel, că falimentul unei societăţi cu răspundere limitată cu asociat unic, prin efectul dizolvării societăţii provoacă transferul universal al patrimoniului societăţii la asociatul unic (art. 231 coroborat cu art. 222 lit. f din lege), ceea ce înseamnă că pasivul social devine, în cazul pronunţării falimentului propriu-zis al societăţii, pasivul asociatului unic.

Existenţa unor relaţii de familie între asociaţi ori existenţa unor organe de conducere comune societăţii-mamă şi filialei sale face să prezume caracterul deghizat (fictiv) al societăţii[1]. De asemenea, lipsa mecanismelor de funcţionare ale societăţii (adunări generale, consilii de administraţie, cenzori), absenţa unui veritabil *affectio societatis*, confuzia creată între patrimoniul social şi patrimoniul persoanei-stăpân al afacerii (acesta foloseşte activele societăţii ca şi când ar fi ale sale, proprii, sau permite folosirea de către societate a activelor şi fondurilor de care el dispune), reprezintă, de asemenea, indicii ale unei societăţi fictive.

Jurisprudenţa franceză consacră, de altfel, ca o completare a regimului juridic al simulaţiei, ***teoria confuziei de patrimonii***: patronul afacerii creează, faţă de terţi, o aparenţă că patrimoniul său şi patrimoniul societăţii fictive se confundă (aparenţă în care terţii se încred cu bună credinţă) deşi societatea este persoană juridică şi ar trebui să beneficieze de patrimoniu propriu (patrimoniul propriu, ca şi scopul determinat şi organizarea de sine-stătătoare reprezintă o condiţie *sine qua non* de existenţă a personalităţii juridice, conform art. 26 lit. e din Decretul nr. 31/1954). Cum societatea este o formă de organizare a întreprinderii, rezultă că a lipsi societatea de patrimoniul propriu înseamnă a-i răpi posibilitatea de a-şi îndeplini scopul întreprinderii. Confuzia de patrimonii se întâl-

[1] Cass.com.fr., dec. din 28.11.1989, Révue des sociétés, 1990, p. 240.

Scanned with OKEN Scanner

neşte, în special, în cazul ***grupului de societăţi***, când societăţile componente nu sunt propriu-zis independente (cu personalitate juridică) ci simple elemente menite să realizeze interesul grupului, ori când au aceiaşi administratori, îşi efectuează prestaţii fără echivalent (împrumuturi, garanţii)[1] etc.

Societatea comercială fictivă se prezintă, deci, fie ca o societate simulată (act deghizat ori simularea existenţei societăţii, adică societatea de faţadă), fie ca o confuzie de patrimonii între patron (cel ce controlează societatea) şi societate. În ambele situaţii, însă, personalitatea juridică a societăţii, subiectivitatea sa, sunt fictive, nereale, fapt pentru care patrimoniul acesteia (datoriile sale, drepturile ori bunurile sale) este, de fapt, al patronului. De aceea, în cazul falimentului societăţii fictive, pasivul social nefiind un veritabil pasiv social, el va fi suportat de persoanele fizice sau juridice care o controlează. Rezultă că există un singur faliment, al societăţii, dar, dacă se dovedeşte că societatea este ***fictivă***, falimentul societăţii ***devine*** falimentul persoanelor ce controlează societatea, şi acestea vor fi obligate la acoperirea pasivului. Din acest punct de vedere, falimentul administratorilor pentru fictivitatea societăţii nu trebuie confundat cu falimentul administratorilor societăţii nefictive - în acest din urmă caz există două falimente, al societăţii şi al administratorilor, alăturate, în timp ce pentru societatea fictivă există un singur faliment, al societăţii, care se transformă în faliment al administratorilor când societatea se dovedeşte a fi fost fictivă. În intenţia patronului, societatea fictivă nu există, în timp ce societatea ne-fictivă există ca atare, având personalitate juridică şi patrimoniu propriu, atâta doar că, în acest din urmă caz, administratorul deturnează în interes propriu afacerile societăţii, dobândind astfel calitatea de debitor pentru aceste operaţiuni şi de comerciant.

---

[1] În jurisprudenţa franceză - Cass.com.fr., dec. din 23.05.1978, în Lamy Sociétés Commerciales, ed. 1982, nr. 1450, p. 639 s-a admis ca răspunderea societăţii mamă poate fi angajată pentru concurenţă neloială desfăşurată sub ***acoperirea unei filiale*** de-ale sale.

Scanned with OKEN Scanner

2.5. Cauzele de neräspundere

Răspunderea patrimonială a administratorului are, aşa cum s-a arătat, o dublă natură, contractuală şi delictuală; cu toată această dublă natură, cauzele de neräspundere sunt, în principiu, aceleaşi, întrucât răspunderea patrimonială, fie că este delictuală, fie că este contractuală, reprezintă sancţiunea nerespectării dreptului subiectiv civil, această sancţiune neputând interveni atunci când nu sunt îndeplinite condiţiile răspunderii. Pe de altă parte, răspunderea civilă delictuală alcătuieşte dreptul comun al răspunderii civile, răspunderea civilă contractuală fiind o răspundere cu caracter derogator, ceea ce înseamnă că, ori de câte ori nu suntem în prezenţa unei clauze contractuale, se vor aplica regulile răspunderii civile delictuale[1].

În doctrină[2] s-a arătat, pe considerentul că răspunderea civilă a administratorului este o răspundere delictuală, că exonerarea de răspundere este circumscrisă la forţa majoră, cazul fortuit, fapta celui prejudiciat, fapta unui terţ pentru care administratorul nu este ţinut a răspunde, la care se mai adaugă cauzele speciale de neräspundere prevăzute în Legea nr. 31/1990.

Dar o obligaţie esenţială a administratorului este aceea de a aduce la îndeplinire deciziile adunării generale, ale consiliului de administraţie, ale comitetului de direcţie etc., în vederea realizării obiectului de activitate al societăţii; administratorul nu are posibilitatea de a cenzura aceste decizii decât sub aspectul legalităţii, nu şi sub aspectul utilităţii sau cel al oportunităţii. De aceea, administratorul se poate apăra de răspundere, invocând ordinul autorităţii ierarhice, ordin, care, de altfel, se manifestă ca un adevărat caz de forţă majoră, căruia administratorul nu i se poate opune. Administratorul nu va fi exonerat de răspundere când decizia adunării generale sau a consiliului de administraţie este manifest ilegală, pentru că

---

[1] C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 297.
[2] FL. BAIAS, S. DAVID, *lucr.cit.*, p. 27; V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, p. 15.

Scanned with OKEN Scanner

administratorul se poate opune unei astfel de decizii, invocând dispoziţiile art. 144 alin. 5 sau alin. 6, după caz, ori acţionând în anularea hotărârii adunării generale a acţionarilor, pe care o consideră nelegală sau nestatutară (art. 131 alin. 3 din lege).

Întrucât răspunderea administratorilor este, în principiu, solidară, atunci când există o pluralitate de administratori, administratorii se pot apăra de solidaritate invocând cauzele de nerăspundere sau diferite alte cauze care duc la acelaşi efect. Astfel:

➥ în cazul în care organul colegial de administraţie este compartimentat pe diferite funcţii executive, fiecare administrator având responsabilitatea unui compartiment, în timp ce ceilalţi se limitează la supravegherea reciprocă a activităţii, un administrator se va putea apăra de solidaritate cu administratorul autor al faptei prejudiciabile dacă va dovedi că nu avea responsabilitatea respectivului compartiment şi că nu i se poate imputa nici o vină în supravegherea activităţii celui responsabil;

➥ în cazul în care administratorul în funcţie, având cunoştinţă de neregularităţile săvârşite de administratorul precedent, denunţă aceste neregularităţi cenzorilor, el va fi exonerat de răspunderea solidară cu predecesorul său (art. 144 alin. 4);

➥ în cazul în care un administrator şi-a îndeplinit în mod corespunzător obligaţia de supraveghere a activităţii directorilor executivi sau a personalului angajat dovedind că nu putea împiedica, în mod obiectiv, producerea prejudiciului de către director sau angajaţi, el va fi apărat de răspunderea de garanţie pe care o poartă faţă de aceştia (concluzie ce rezultă din dispoziţiile art. 144 alin. 2 din lege).

Răspunderea civilă a administratorului este o răspundere bazată pe culpă. Această culpă trebuie ***dovedită*** de cel care are interes, în cazul răspunderii civile delictuale, în timp, ce, în cazul răspunderii contractuale, ea este ***prezumată***, administratorul, în acest caz, trebuind să facă dovada unei cauze străine (caz fortuit ori forţă majoră[1]) pentru a se exonera de răspun-

[1] Se admite că în noţiunea de "cauză străină" trebuie inclusă şi ***vina creditorului*** care poate duce la o atenuare a răspunderii sau la o exonerare de răspundere. Vz. şi C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op. cit.*, p. 300.

Scanned with OKEN Scanner

dere. Cum răspunderea civilă a administratorului faţă de societate este preponderent contractuală, iar răspunderea civilă direct faţă de terţi este, în principiu, delictuală, rezultă că terţii au o poziţie relativ dezavantajoasă în raport cu societatea, din acest punct de vedere.

Cu toate că forţa majoră şi cazul fortuit, făcând imposibilă executarea obligaţiei (ori doar suspendând temporar executarea acesteia) exonerează de răspundere pe administrator, această exonerare nu va putea opera dacă acţiunile sau inacţiunile anterioare ale administratorului au făcut posibile aceste evenimente. În practica noastră judecătorească mai veche[1] s-a decis că neexecutarea obligaţiei asumate poate fi considerată ca fiind determinată de un caz de forţă majoră, exonerator de răspundere pentru debitor, numai dacă acesta nu putea prevedea evenimentul respectiv şi, ca atare, nu a luat măsurile corespunzătoare pentru evitarea acestei neexecutări; un eveniment obişnuit şi previzibil nu constituie caz de forţă majoră ("cauza străină", exoneratoare de răspundere, în înţelesul art. 1082 C.civ.). Această soluţie are deplină aplicabilitate şi în cazul administratorului şi, de aceea, se impune a se preciza care va fi conduita necesară a fi adoptată de administrator pentru a nu putea fi considerată ca o cauză generatoare a posibilităţii producerii evenimentelor respective (caz fortuit, forţă majoră), pentru a nu putea fi reţinută în sarcina administratorului o vină în neexecutarea obligaţiei sale, vină care să anihileze chiar efectele forţei majore ori ale cazului fortuit.

În dreptul comun, criteriul de apreciere al acestei conduite este cel al bunului proprietar (*bonus pater familias*): art. 1080 alin. 1 C.civ. dispune că diligenţa pe care debitorul trebuie să o pună în îndeplinirea unei obligaţii este totdeauna cea a unui bun proprietar. Iar art. 1080 alin. 2 dispune că acest criteriu urmează a fi aplicat cu mai mare sau mai mică rigoare în diferite cazuri reglementate de lege (art. 1540 alin. 2 C.civ.

---

[1] Tribunalul Suprem, col.civ., dec. nr. 1723/27.11.1957, "Legalitatea Populară", nr. 10/1958, p. 107, citată în C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 301, *nota* 2 subsol.

Scanned with OKEN Scanner

dispune că răspunderea mandatarului este mai puţin riguroasă atunci când mandatul este cu titlu gratuit).

În cazul administratorului, diligenţa cerută acestuia este mai mare decât în dreptul comun, superioară, deci, diligenţei cerute unui *bonus pater familias*. Această severitate se justifică datorită faptului că funcţia de administrator este, în principiu, remunerată; exercitarea acestei funcţii se bazează, în special în condiţiile unei economii concurenţiale, pe temeinice cunoştinţe profesionale de specialitate (management), pe experienţa în practicarea acestei profesiuni; persoanele juridice - administrator au chiar ca obiect al activităţii lor furnizarea de consultanţă managerială calificată; în general, severitatea cerinţelor exerciţiului funcţiei de administrator se justifică şi prin celeritatea circuitului de afaceri, implicaţiile patrimoniale deosebite ale operaţiunilor comerciale, obligaţia de fidelitate faţă de societate a administratorului[1] etc.

Legea nr. 31/1990 reglementează în cazul societăţilor pe acţiuni, două situaţii speciale în care administratorii care fac parte dintr-un organ colegial de răspundere se pot apăra de răspundere.

Art. 144 alin. 5 dispune că în societăţile (pe acţiuni - n.n.) care au mai mulţi administratori, răspunderea pentru actele săvârşite sau pentru omisiuni nu se întinde şi la administratorii care au făcut să se constate, în registrul deciziilor consiliului de administraţie, votul lor împotriva deciziilor respective şi au încunoştiinţat despre aceasta în scris pe cenzori. Dacă administratorul a lipsit de la şedinţa în care consiliul de administraţie a luat decizii păgubitoare pentru societate, el nu va fi ţinut să răspundă în cazul în care, în maxim o lună de la

[1] Vz., în acelaşi sens, şi FL. BAIAS, S. DAVID, *lucr.cit.*, p. 21. În dreptul american, pentru stabilirea conduitei necesare administratorului pentru ca acesta să-şi angajeze răspunderea civilă faţă de societate se foloseşte testul "bussines judgement rule": deciziile luate cu celeritate, pe baza unor informaţii rezonabile, nu atrag răspunderea administratorilor, oricât de mare ar fi prejudiciul suferit de societate. Testul "bussines judgement rule" este, de fapt, varianta americană a lui *bonus pater familias*.

Scanned with OKEN Scanner

decizia consiliului de administraţie, se va fi opus, în formele arătate, la luarea deciziei (art. 144 alin. 6). În ambele situaţii (art. 144 alin. 5 şi alin. 6) exonerarea de răspundere se bazează pe ideea că decizia adunării generale sau a consiliului de administraţie, adică voinţa persoanei juridice, s-a impus ca o forţă de neînvins, căreia administratorul în cauză nu i-a putut rezista prin mijloace obişnuite.

În doctrină s-a exprimat opinia conform căreia, în societăţile de persoane şi în societatea cu răspundere limitată, administratorii care dovedesc că s-au opus operaţiunilor producătoare de prejudicii sociale, sunt exoneraţi de răspundere, concluzie care rezultă din interpretarea art. 78 alin. 2 din lege[1].

Concluzia trasă din art. 78 alin. 2 este corectă, dar ea trebuie circumscrisă la conotaţia art. 78 alin. 1; conform art. 78 alin. 1[2], dacă un administrator ia iniţiativa unei operaţiuni ***ce depăşeşte limitele operaţiunilor obişnuite*** ale comerţului societăţii (o operaţiune neobişnuită este şi o faptă prejudiciabilă a administratorilor - n.n.), el trebuie să înştiinţeze despre aceasta şi pe ceilalţi administratori, înainte de a o încheia, sub sancţiunea suportării pierderilor ce ar rezulta. Alin. 2 al art. 78 dispune că în caz de opoziţie a vreunuia dintre ei, vor decide asociaţii care reprezintă majoritatea absolută a capitalului. Deci, administratorul care s-a opus, nu va fi sancţionat cu suportarea, în solidar, a prejudiciului. Este, de fapt, o soluţie relativ asemănătoare cu cea instituită prin art. 144 alin. 5-6 pentru societatea pe acţiuni, atât doar că, în cazul societăţii pe acţiuni, opoziţia administratorului e infirmată de consiliul de administraţie şi nu de adunarea generală.

Considerăm că această regulă (una din cele două variante) ar trebui aplicată, prin analogie şi pentru identitate de raţiune, şi societăţii cu răspundere limitată.

Administratorul are, în toate cazurile, indiferent dacă este asociat sau nu, dreptul de a ataca în justiţie, pentru anularea

---

[1] V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, în Dreptul nr. 1/1994, p. 15.

[2] Art. 192 nu face trimitere şi la art. 78, deci acesta nu se aplică şi societăţii cu răspundere limitată.

Scanned with OKEN Scanner

acesteia, decizia adunării generale pe care o consideră nelegală sau nestatutară (art. 131 alin. 3 din lege, aplicabil pentru identitate de raţiune, oricărei forme de societate); de altfel, el are chiar obligaţia de a cere această anulare, pentru că, altfel ar putea fi ţinut să răspundă pentru consecinţele prejudiciabile ale acelei hotărâri a adunării generale.

Să mai remarcăm şi că aprobarea bilanţului de către societate ori a raportului de gestiune a administratorului nu-l scuteşte pe acesta de răspundere; aceste aprobări nu reprezintă cauze de exonerare de răspundere, ci condiţii obligatorii pentru continuarea în bunele condiţii a activităţii societăţii.

Subcap. III RĂSPUNDEREA PENALĂ

3.1. Noţiunea răspunderii penale

Săvârşirea unei infracţiuni[1] situează pe autorul unei fapte ilicite penale în conflict cu legea penală. Prin săvârşirea infracţiunii ia naştere raportul juridic penal de conflict, în cadrul căreia autorul infracţiunii este chemat să răspundă penal pentru fapta sa, statul având poziţia juridică de titular al acţiunii penale, adică al dreptului de a-l trage la răspundere penală pe infractor. În sensul teoriei generale a dreptului, răspunderea penală reprezintă sancţiunea dreptului penal, respectiv, consecinţele pe care le atrage încălcarea normelor dreptului penal, prin săvârşirea infracţiunii. Răspunderea penală este chiar raportul juridic penal de conflict, raport juridic care se realizează în urma unui proces penal, şi în cadrul căruia, dacă se stabileşte existenţa infracţiunii şi vinovăţia făptuitorului, sunt aplicate faţă de acesta sancţiunile specifice dreptului penal (pedepse, interdicţii, decăderi,

[1] Infracţiunea este o faptă săvârşită cu vinovăţie care prezintă pericol social şi este prevăzută de legea penală (art. 17 C.p.)

Scanned with OKEN Scanner

măsuri de siguranţă, măsuri educative). Aşadar răspunderea penală, instituţie fundamentală a dreptului penal[1] nu se reduce la obligarea infractorului la suportarea pedepsei, pentru că ea cuprinde şi măsurile de siguranţă, interdicţiile, decăderile şi incapacităţile ce pot fi impuse faţă de infractor, adică ***toate consecinţele pe care legea le leagă de săvârşirea faptei.***[2]

Noţiunea de răspundere penală nu se confundă cu noţiunea de responsabilitate penală, deşi în legislaţia şi jurisprudenţa altor state aceste două noţiuni sunt sinonime.[3] În timp ce răspunderea penală are înţelesul arătat, responsabilitatea penală are un înţeles juridic propriu, desemnând capacitatea psiho-fiziologică a omului de a conştientiza natura, valoarea şi consecinţele faptelor sale.[4]

Responsabilitatea desemnează ***imputabilitatea faptei*** cu caracter penal; ea este o condiţie de existenţă a răspunderii penale, condiţie care se referă la subiectul activ al infracţiunii (infractorul) şi care face ca fapta prevăzută de legea penală să fie sau nu infracţiune în funcţie de faptul că autorul faptei penale este sau nu responsabil. Legea penală română nu defineşte responsabilitatea penală; defineşte în schimb, iresponsabilitatea (art. 48 C.pen.) şi minoritatea făptuitorului (art. 50 şi 99 C.pen.) drept cauze care înlătură caracterul penal al faptei, de unde rezultă că starea contrarie iresponsabilităţii ori minorităţii înseamnă deplina responsabilitate penală. Iresponsabilitatea este o situaţie de excepţie, ceea ce

---

[1] Vz. pt. amănunte, C. BULAI, *op.cit.*, p. 310; I. NEAGU, "*Tratat de procedură penală*", Editura PRO, Bucureşti, 1997, p. 107. În doctrină (MIOARA KETTY GUIU, "*Noţiunea şi temeiul răspunderii penale*", Dreptul nr. 10-11/1994, p. 77) s-a considerat că "răspunderea penală este o noţiune în sine, lipsită de orice substrat real", contestându-se existenţa şi utilitatea instituţiei răspunderii penale.

[2] ST. DANES, "*Înlocuirea răspunderii penale*", Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1970, p. 39.

[3] La francezi, de altfel, există un singur termen pentru ambele noţiuni, acela de "responsabilité".

[4] ION TANOVICEANU, "*Tratat de drept şi procedură penală*", vol. I, 1924, p. 690.

Scanned with OKEN Scanner

înseamnă că pentru persoana majoră starea de responsabilitate penală este obişnuită.

Răspunderea penală, fiind bazată pe responsabilitatea (imputabilitatea) penală a autorului faptei penale se justifică şi se fundamentează pe două idei:

➡ ideea de libertate psihică a individului în acţiunile sale, pentru care individul trebuie să răspundă în faţa societăţii (responsabilitatea penală este o responsabilitate morală, conform şcolii clasice criminale a lui Cesare Beccaria);

➡ ideea de apărare socială contra indivizilor periculoşi (responsabilitatea legală, conform şcolii pozitiviste a lui Lombroso şi Enrico Ferri), delicventul este un produs al anomaliilor sociale, un inadaptat social, fapt pentru care societatea este îndreptăţită să ia faţă de acest delicvent măsuri de apărare socială.

Sistemul sancţionator penal românesc cuprinde: pedepse, măsuri de siguranţă şi măsuri educative. Pedepsele sunt principale (detenţiunea pe viaţă, închisoarea, amenda penală), complementare şi accesorii (acestea din urmă sunt pedepsele complementare prevăzute în art. 64 C.pen. dar care însoţesc *in corpore* pe perioada executării pedepsei închisorii, această pedeapsă). Executarea pedepselor poate fi suspendată condiţionat sau sub supraveghere ori se poate realiza prin munca corecţională; fapta penală, chiar ispăşită prin pedeapsă, poate atrage în sarcina condamnatului şi unele interdicţii şi incompatibilităţi (cum sunt cele prevăzute de art. 6 din Legea nr. 31/1990 care opresc pe cel condamnat pentru faptele enumerate să fie fondator al societăţii şi, în consecinţă, şi administrator).

Pentru analiza de faţă interesează, în mod incidental, şi alte aspecte de drept substanţial ale răspunderii penale, cum ar fi: individualizarea răspunderii penale (art. 72 C.pen.), temeiul răspunderii penale (art. 17 alin. 2 C.pen.); cauzele care exclud caracterul penal al faptei (art. 44 - 51 C.pen.); înlăturarea răspunderii penale (art. 119 - 121 C.pen. şi art 131 - 132 C.pen.); diferite cauze de nepedepsire sau impunitate (art. 22 sau art. 30 C.pen. etc.).

Dintre principiile răspunderii penale, două ne atrag atenţia în mod prioritar pentru necesităţile analizei de faţă: principiul

Scanned with OKEN Scanner

personalităţii (individualizării) răspunderii penale şi principiul conform căruia infracţiunea este unicul temei al răspunderii penale (art. 17 alin. 2 C.pen.).

a) Din dispoziţiile art. 72 C.pen. rezultă că răspunderea penală este o răspundere personală, individualizată, sancţiunile aplicabile pentru săvârşirea unei fapte penale trebuind să fi adaptate atât persoanei făptuitorului, cât şi modalităţilor concrete şi conjuncturale în care fapta penală a fost săvârşită. În cazul în care la săvârşirea faptei penale au participat mai multe persoane, imputabilitatea faptei este gradată şi diferită, în funcţie de gradul de vinovăţie cu care acţionează fiecare, de importanţa contribuţiei la săvârşirea faptei etc., dar în nici un caz unul dintre făptuitori nu va putea fi ţinut să răspundă penal şi pentru faptele celorlalţi făptuitori (aşa cum se întâmplă, spre exemplu, în cazul răspunderii civile solidare). Răspunderea penală având caracter strict personal, sancţionator şi nu reparator, aceasta se va stinge odată cu moartea autorului infracţiunii, în timp ce obligaţia de reparare a prejudiciului cauzat prin fapta ilicită penală (răspunderea civilă delictuală) trece la moştenitori. Pe de altă parte, dacă fapta penală este cauzatoare de prejudicii, pentru autorul prejudiciului (infractor) şi în beneficiul victimei (parte civilă) va putea răspunde patrimonial, în calitate de ***persoană civilmente responsabilă*** acela care este ţinut să răspundă pentru infractor (în virtutea unei garanţii privind riscul de activitate, spre exemplu) fără ca acest lucru să aducă atingere personalităţii răspunderii penale.

Persoana juridică răspunde patrimonial în calitate de comitent pentru fapta prejudiciabilă a prepusului său sau, în nume propriu, pentru fapta organului său, săvârşită în exerciţiul ori, respectiv, cu prilejul exercitării funcţiilor acestora (art. 1000 alin. 3 C.civ., art. 35 din Decretul nr. 31/1954; art. 14 C.p.pen.). Este, însă, vorba de o răspundere ***patrimonială, de garanţie***, persoana juridică având drept de regres contra infractorului pentru suma plătită victimei ca reparare a prejudiciului suferit de aceasta.

În legislaţia românească actuală, nici o persoană juridică nu poate răspunde penal, neputând fi considerată autoare a

Scanned with OKEN Scanner

unei infracţiuni. Sistemul sancţionator penal românesc are în vedere ***exclusiv persoana fizică***.

Recent, însă, în legislaţia penală franceză (art. 121-1 şi următoarele, Nouveau Code penale) s-au introdus sancţiuni penale aplicabile societăţilor comerciale, ceea ce înseamnă că s-a renunţat la concepţia tradiţională conform căreia numai o persoană fizică poate răspunde Penal. De altfel, este o tendinţă generală de extindere a responsabilităţii penale şi la persoanele juridice, tendinţă impusă de unele reglementări şi recomandări ale instituţiilor Comunităţilor Europene. Fără a intra în amănunte, vom remarca faptul că, uneori, procesul decizional în societăţile comerciale este foarte alambicat şi este dificilă determinarea persoanei fizice autoare a infracţiunii, existând pericolul sancţionării unor persoane nevinovate sau al încălcării prezumţiei de nevinovăţie (administratorii în funcţie sunt organele societăţii, putându-se presupune că ei sunt autorii "faptei" societăţii, presupunere care ar putea fi greşită). Organele colegiale ale societăţii se întrunesc la diferite intervale de timp, iar pentru a se asigura conducerea curentă a societăţii se foloseşte un sistem complicat de delegări de atribuţii, fapt pentru care decizia ajunge să se dizolve în organul colegial. De aceea este utilă instituirea răspunderii penale a persoanei juridice, mai ales că unele fapte penale de o gravitate şi de o frecvenţă deosebite se săvârşesc chiar în sânul unor societăţi comerciale (infracţiuni relative la concurenţa, la protecţia consumatorului, la evaziunea fiscală, la protecţia mediului înconjurător, infracţiuni contra umanităţii, discriminare rasială sau de altă natură, proxenetism, trafic de stupefiante, acte de terorism, bancrută etc.), unele dintre aceste infracţiuni nefiind posibile decât în sânul unor societăţi comerciale. Evident că sancţiunile penale aplicabile sunt specifice, adaptate unei persoane juridice: amenzi, interdicţii (cum ar fi: interdicţia de a exercita anumite activităţi, pe anumite pieţe, de a beneficia de anumite avantaje fiscale sau subvenţii, de a face reclamă), dizolvarea întreprinderii, retragerea autorizaţiei de funcţionare, închiderea localului, închiderea contului bancar, embargoul

Scanned with OKEN Scanner

comercial. În sfârşit, se cade a aminti că art. 121-2, Nouveau Code Penal fr. limitează răspunderea penală a societăţii comerciale (persoană juridică) la acele infracţiuni săvârşite de către organele sau reprezentanţii săi în ***contul său*** (art. 121-1 alin. 1), ceea ce înseamnă că autorul imediat al infracţiunii este identificat generic în persoana administratorului (de jure sau de facto), iar fapta trebuie să se fi săvârşit în numele şi în interesul societăţii. În plus, dacă autorul imediat poate fi identificat cu precizie, se poate angaja şi răspunderea penală a acestuia, căci art. 121-2 alin. 3 Nouveau Code Penal fr. dispune că răspunderea penală a persoanei juridice nu o exclude pe aceea a persoanei fizice autoare, instigatoare sau complice la aceeaşi infracţiune[1].

b) Art. 17 alin. 2 C.pen. dispune că infracţiunea este unicul temei al răspunderii penale. În realitate, temeiul răspunderii penale este săvârşirea unei fapte penale; noţiunea de "faptă penală" este mai largă decât cea de infracţiune, pentru că nu orice faptă penală este infracţiune (constrângerea la darea de mită lipseşte fapta constând în darea de mită de caracterul său infracţional - art. 255 alin. 2 C.pen.; lipsa pericolului social concret al faptei lipseşte fapta de caracter infracţional, instanţa sau procurorul putând lua faţă de autor sancţiuni administrative - art. 18[1] şi art. 91 C.pen.). Pe de altă parte, unele sancţiuni de drept penal, cum sunt măsurile de siguranţă, pot fi luate faţă de făptuitor chiar dacă faptei îi lipseşte caracterul penal (art. 48 C.pen. dispune că fapta prevăzută de legea penală nu constituie infracţiune dacă autorul era iresponsabil în momentul săvârşirii faptei; dar faţă de iresponsabil, pentru că prezintă pericol social, pot şi trebuie să fie luate diferite măsuri de siguranţă, mergând până la izolarea sa de societate printr-o internare medicală - art.114 C.pen.[2]).

---

[1] Vz. şi C. BULAI, *op.cit.*, p. 202-203.

[2] Conform art. 111 C.pen., măsurile de siguranţă, spre deosebire de pedepse, au ca scop înlăturarea unei stări de pericol şi preîntâmpinarea săvârşirii faptelor prevăzute de legea penală; ele se iau faţă de persoanele care au comis fapte penale (care nu au, neapărat, caracter infracţional) şi

Scanned with OKEN Scanner

Principiul expus în art. 17 alin. 2 C.pen., în înţelesul arătat, prezintă o importanţă deosebită atunci când fapta prevăzută de legea penală este şi generatoare de prejudicii, fapt pentru care răspunderea penală se poate cumula cu răspunderea civilă delictuală.

Astfel, pe când răspunderea civilă este o răspundere integrală, şi indiferent de gradul culpei şi de împrejurările faptei acoperind întregul prejudiciu rezultat din săvârşirea faptei penale (*damnum emergens* şi *lucrum cessans*), răspunderea penală este o răspundere graduală; existenţa şi întinderea ei depind de gradul de vinovăţie şi de împrejurările faptei penale. Pe de altă parte, deşi cauzele care înlătură caracterul penal al faptei sunt, în principiu, aceleaşi cu cauzele care exonerează de răspundere civilă delictuală, este posibil ca răspunderea civilă să existe, chiar dacă răspunderea penală este exclusă. Spre exemplu: conform art. 346 C.p.pen., când instanţa pronunţă achitarea inculpatului pe motiv că faptei îi lipseşte pericolul social concret (art. 18^1 C.pen.) sau pe motiv că există alte cauze care înlătură caracterul penal al faptei (art. 44 - 51 C.pen.) ori pentru că lipseşte vreunul din elementele constitutive ale infracţiunii, instanţa ***poate*** obliga la repararea pagubei potrivit legii civile (adică, dacă sunt întrunite condiţiile art. 998-999 C.civ. ori ale art. 1000 alin. 3 C.civ., şi nu se poate reţine vreo cauză de exonerare de răspundere civilă, cum ar fi forţa majoră sau cazul fortuit). Instanţa penală nu poate acorda despăgubiri civile atunci când achitarea s-a pronunţat pentru că fapta nu există ori că n-a fost săvârşită de inculpat; când fapta inculpatului nu constituie o faptă penală, instanţa penală nu soluţionează acţiunea civilă în procesul penal, urmând ca cel interesat să introducă o acţiune în despăgubiri la instanţa civilă.

3.2. Administratorul unei societăţi comerciale este, prin natura lucrurilor, dinamizatorul activităţii societăţii. În exerci-

---

chiar dacă făptuitorului nu i se aplică o pedeapsă (măsura de siguranţă a interzicerii de a se afla în anumite localităţi se va lua numai dacă este însoţită şi de o pedeapsă).

Scanned with OKEN Scanner

ţiul funcţiei sale este posibil ca el să săvârşească fapte ilicite penale. Dată fiind cerinţa imputabilităţii faptei penale, cerinţa necesară pentru angajarea răspunderii penale, şi ***răspunderea penală a administratorului unei societăţi comerciale este o răspundere personală***, conform principiului personalităţii răspunderii penale. Sancţiunile penale aplicabile administratorului îl privesc numai pe acesta, iar dacă există o pluralitate de administratori, numai pe aceia dintre ei care au participat la săvârşirea infracţiunii.

Sancţiunile penale aplicabile administratorilor nu se pot extinde şi asupra societăţii, dar implicaţiile patrimoniale ale faptei penale a administratorului se pot răsfrânge cu acuitate asupra societăţii. Când fapta penală prejudiciabilă a administratorului este săvârşită cu prilejul exercitării funcţiei sale, societatea poate fi chemată să răspundă, în calitate de parte responsabilă civilmente, pentru acoperirea prejudiciului suferit de victima prejudiciului (parte civilă), întrucât administratorul societăţii este, de regulă, şi organul societăţii, iar pentru faptele ilicite ale organelor sale, persoana juridică răspunde ca şi când acestea ar fi faptele proprii (art. 35 alin. 1 şi 3 din Decretul nr. 31/1954). Evident că societatea are dreptul să se regreseze, ulterior, faţă de administrator, dar acesta poate fi insolvabil, riscul acestei insolvabilităţi urmând să fie suportat de societate.

Un aspect şi mai important al acestei probleme este acela că ***pierderea onorabilităţii administratorului prin sancţionarea sa penală, poate duce, direct sau indirect, şi la pierderea onorabilităţii şi credibilităţii societăţii pe piaţă***, cu consecinţa pierderii de către societate a unei mari părţi din partenerii de afaceri sau chiar a falimentului societăţii. Aşa cum s-a mai arătat, solvabilitatea (solvenţa) comerciantului este o solvabilitate personală constând tocmai în credibilitatea, încrederea de care se bucură pe piaţă comerciantul; un comerciant poate foarte bine să fie, la un moment dat, insolvabil din punct de vedere civil (activul este covârşit de pasiv), dar solvabil din punct de vedere comercial (beneficiind de

Scanned with OKEN Scanner

credite bancare sau comerciale, comerciantul este capabil să-şi execute le timp obligaţiile şi, deci, să-şi echilibreze situaţia financiară şi economică), dar este posibilă şi situaţia inversă, ca un comerciant să deţină active care depăşesc ca valoare pasivele, aceste active fiind însă nevandabile. Lipsa de credibilitate poate duce rapid la eroziunea activelor, ceea ce se traduce, în final, în încetarea plăţilor. De aceea, societatea suferă un ***prejudiciu*** important din această diminuare a credibilităţii sale ca o consecinţă a pierderii onorabilităţii de către administrator prin sancţionarea sa penală. Creditorii sociali, în cazul în care activul societăţii aflate în procedura falimentului este insuficient pentru acoperirea întregului pasiv, suferă şi ei un prejudiciu, ca urmare a pierderii credibilităţii societăţii.

Acest prejudiciu provocat de administrator societăţii sau creditorilor sociali trebuie suportat de acesta, fiind vorba de încălcarea obligaţiilor sale de fidelitate faţă de societate şi de salvgardarea intereselor societăţii. Dreptul de a solicita repararea acestui prejudiciu aparţine, după caz, adunării generale sau acţionarilor minoritari (drept care se va exercita în cadrul acţiunii în răspundere) ori creditorilor sociali în cazul falimentului societăţii pentru insuficienţa activului (acoperirea unei părţi din pasiv de către administrator, falimentul administratorului etc.). Acţiunea în răspundere şi acoperirea pasivului social de către administratori în caz de faliment au fost analizate la capitolul privind răspunderea civilă, astfel că nu mai revenim.

Revenind la sancţiunile penale aplicabile administratorilor, vom observa că legislaţia comercială prevede faţă de administratorii care au săvârşit fapte penale anumite interdicţii şi decăderi aplicabile în timpul sau după executarea sancţiunilor penale. Astfel, conform art. 135 din Legea nr. 31/1990, persoanele care nu pot fi fondatori, nu pot fi nici administratori, directori sau reprezentanţi ai societăţii, iar dacă au fost alese, sunt decăzute din drepturi. Iar art. 6 alin. 2 din lege dispune că nu pot fi fondatori (deci, nici administratori) persoanele care, potrivit legii, sunt incapabile, sau au fost condamnate pentru:

Scanned with OKEN Scanner

gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită sau pentru infracţiunile prevăzute în legea societăţilor comerciale. Rezultă că persoanele care sunt condamnate pentru aceste infracţiuni[1] nu pot fi administratori, iar administratorii în funcţie care sunt condamnaţi pentru astfel de infracţiuni sunt decăzuţi din drepturile lor de a exercita funcţia de administrator.

În vechea reglementare a falimentului din codul comercial, comerciantul persoană fizică sau administratorul unei societăţi falite care se făceau vinovaţi de bancrută (simplă sau frauduloasă) erau sancţionaţi cu excluderea din viaţa comercială şi de afaceri pe o lungă perioadă de timp. Această concepţie tradiţională a fost menţinută de actuala reglementare franceză a procedurii colective aplicabile întreprinderii în dificultate, dar a fost în mod nejustificat suprimată de noua legislaţie românească a falimentului (Legea nr. 64/1995). Aceasta nu înseamnă, însă, că administratorii care au săvârşit fapte penale, profitând pentru aceasta de funcţia lor de administratori nu pot fi sancţionaţi cu interdicţii şi decăderi din dreptul de a mai administra societatea respectivă sau alte societăţi ori de a mai exercita un comerţ pe cont propriu.

Codul penal reglementează, ca măsură de siguranţă, la art. 112 lit. c măsura interzicerii de a ocupa o funcţie sau de a exercita o profesie, o meserie ori o altă ocupaţie, (cum ar fi şi cea de administrator al unei societăţi comerciale sau de comerciant - persoană fizică). Măsura poate fi luată când administratorul a săvârşit o faptă penală datorită incapacităţii, nepregătirii sau altor cauze ***care îl fac impropriu*** pentru exercitarea funcţiei de administrator sau ocupaţiei de comerciant şi ea nu poate fi revocată decât după cel puţin un an, cu condiţia ca fostul administrator să facă dovada că a recăpătat competenţa, pregătirea şi onorabilitatea cerute pentru exerci-

[1] În cazul societăţilor care acţionează pe piaţa valorilor mobiliare, orice antecedent penal opreşte persoana respectivă de a fi administrator al unor astfel de societăţi.

Scanned with OKEN Scanner

tarea funcţiei. Măsura de siguranţă poate fi luată chiar dacă fapta nu este infracţiune ori dacă administratorului nu i s-a aplicat o pedeapsă; ea este justificată de cerinţa de a preîntâmpina săvârşirea de noi fapte penale de către administratorul, respectiv precum şi de cerinţa de a înlătura o stare de pericol creată de administrator prin exercitarea funcţiei sale: prin săvârşirea de fapte penale sau prin incompetenţa sa administratorul scurtcircuitează relaţiile normale de afaceri, putând duce la repercusiuni grave asupra societăţii sau a partenerilor de afaceri ai acesteia.

La acelaşi rezultat se poate ajunge şi prin aplicarea faţă de administratorul condamnat pentru o faptă penală a pedepsei complementare prevăzute la art. 64 alin. 1 lit. c C.pen. (pedeapsă accesorie dacă instanţa decide conform art.71 C.pen. să aplice şi această pedeapsă pe lângă şi în timpul executării pedepsei principale). Această pedeapsă complementară constă în interzicerea dreptului de a exercita o profesie sau de a ocupa o funcţie de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârşirea acelei infracţiuni. Pedeapsa complementară este obligatorie când legea care incriminează fapta prevede şi această pedeapsă complementară, fiind facultativă[1] în celelate cazuri, dar, în ambele situaţii, pedeapsa complementară nu poate fi aplicată pentru infracţiuni pentru care legea stabileşte pedepse mai mici de 2 ani. Pedeapsa complementară se execută după executarea pedepsei închisorii, după graţiere ori după prescripţia executării pedepsei şi durează pe toată durata dispusă de instanţă (de la 1 la 10 ani). Administratorul care a fost sancţionat cu o astfel de pedeapsă complementară nu mai poate fi reintegrat sau nu mai poate continua funcţia de administrator decât după executarea pedepsei complementare şi reabilitare, întrucât această pedeapsă complementară nu poate fi confundată cu

[1] În acest caz, pentru a dispune pedeapsa complementară instanţa trebuie să constate că, faţă de natura şi gravitatea infracţiunii, împrejurările cauzei şi persoana infractorului, această pedeapsă se impune (art. 65 alin. 1 C.p.).

Scanned with OKEN Scanner

măsura de siguranţă a interzicerii exercitării unei funcţii sau profesii (art. 115 C.p.), aceasta din urmă fiind o măsură care se ia în cazul în care făptuitorul nu poate exercita în mod nepericulos funcţia sau profesia respectivă din cauza incapacităţii, nepregătirii sau altor cauze care îl fac impropriu pentru activitatea respectivă[1], şi care poate fi ridicată, după minim 1 an, dacă făptuitorul dovedeşte că va putea exercita funcţia sau profesia în mod nepericulos.

3.3. Consecinţele cumulului răspunderii penale cu răspunderea civilă a administratorului

Răspunderea penală şi cea civilă se deosebesc, în mod esenţial, prin funcţiile acestora: pe când răspunderea penală are un caracter sancţionator, urmărind pedepsirea celui vinovat de săvârşirea unei infracţiuni, răspunderea civilă (delictuală) are la bază ideea de reparare a unui prejudiciu adus unei persoane. De aceea dacă o faptă penală este şi cauzatoare de prejudicii, atunci ***răspunderea penală se cumulează cu răspunderea civilă a autorului faptei ilicite penale***. Tragerea sa la răspundere (penală şi civilă) se realizează fie în procesul penal, prin exercitarea cumulată a acţiunii penale şi a acţiunii civile, fie separat, în procese (penal şi civil), separate (răspunderea civilă poate să se realizeze şi fără a se apela la justiţie, pe cale amiabilă).

Când fapta ilicită penală a administratorului este şi generatoare de prejudicii[2], faţă de societate sau faţă de terţi, răspunderea sa penală poate fi, deci, cumulată cu răspunderea sa

---

[1] Vz. şi C. BULAI, *op.cit.*, p. 303.

[2] Când fapta penală nu este generatoare de prejudicii (cum ar fi tentativa sau infracţiunile de pericol) problema cumulării celor două răspunderi nu se pune.

Scanned with OKEN Scanner

civilă, fiecare dintre cele două forme de răspundere păstrându-şi individualitatea şi regimul juridic propriu.

În cazul în care victima prejudiciului rezultat din fapta penală este un terţ, la răspunderea civilă a administratorului se adaugă răspunderea civilă de garanţie a societăţii, în calitate de parte responsabilă civilmente. Dar acţiunea civilă, spre deosebire de acţiunea penală este disponibilă, astfel că terţul, victimă a faptei ilicite penale cauzatoare de prejudicii a administratorului are opţiunea între a-l acţiona civilmente numai pe administrator, numai societatea, în solidar pe administrator şi societatea sau să renunţe la acţiunea civilă. În orice caz, dacă societatea a despăgubit-o pe victima prejudiciului, are regres contra administratorului, numai că va suporta riscul insolvabilităţii acestuia.

Dacă victima prejudiciului rezultat din fapta ilicită penală a administratorului este chiar societatea, se ridică unele probleme teoretice şi practice rezultate din natura juridică dublă, delictuală şi contractuală, a răspunderii administratorului societăţii[1]. Aşa cum s-a arătat, răspunderea civilă a administratorului faţă de societate are caracter preponderent contractual; de aceea, se poate pune întrebarea dacă societatea ar avea posibilitatea să aleagă între răspunderea contractuală şi răspunderea delictuală a administratorului ori dacă, într-un proces penal, societatea ar putea invoca răspunderea civilă contractuală a administratorului.

"Cumulul" răspunderii delictuale cu răspunderea contractuală nu poate duce la instituirea dreptului celui vătămat (în cazul de faţă, societatea) de a obţine două despăgubiri şi nici de a combina cele două responsabilităţi, cumulând avantajele pe care le oferă fiecare dintre ele (proba culpei, întinderea răspunderii etc.): acolo unde se termină răspunderea contractuală, începe răspunderea delictuală, aceasta din urma fiind

[1] Acelaşi gen de probleme se pot ridica şi în cazurile de excepţie, în care răspunderea civilă a administratorului faţă de terţi, rezultată dintr-o faptă penală, ar avea caracter contractual (cum ar fi infracţiunea de abuz de încredere, săvârşită fără vreo legătură cu funcţia de administrator).

Scanned with OKEN Scanner

dreptul comun al răspunderii civile. Tot pe acest considerent, nu se poate apela, în subsidiar, la răspunderea delictuală, pentru a completa repararea prejudiciului atunci când răspunderea contractuală nu e suficientă pentru acest scop; aceasta deoarece, prin convenţia dintre ele părţile au înţeles să-şi reglementeze complet şi exhaustiv relaţiile reciproce. O "completare" a prejudiciului peste clauzele contractului ar fi posibilă numai în ipoteza în care pe parcursul executării de către administrator a obligaţiilor sale de mandatar ori a obligaţiilor pe care legea i le stabileşte în sarcină ca administrator, ar rezulta şi alte prejudicii, fără legătură cu mandatul.

Cu toate acestea, atunci când neexecutarea contractului de mandat al administratorului constituie în acelaşi timp, şi o infracţiune (cum ar fi înşelăciunea în executarea contractului - art. 215 alin. 3 C.pen.; abuzul de încredere - art. 213 C.pen.; gestiunea frauduloasă - art. 214 C.pen. etc.), societatea are opţiunea între o acţiune în răspundere contractuală şi o acţiune în răspundere delictuală. Dacă societatea alege să exercite acţiunea civilă alături de acţiunea penală, în procesul penal, conform jurisprudenţei româneşti mai vechi[1], se vor aplica regulile răspunderii civile delictuale; dar exercitarea acţiunii civile în procesul penal nu e obligatorie, decât în cazurile prevăzute de art. 17 C.p.pen. (victima este un minor, o persoană incapabilă, o instituţie publică), astfel că societatea poate să decidă să execute acţiunea civilă separat, într-un proces civil. Avantajul răspunderii civile contractuale constă în precizarea clară a responsabilităţilor şi culpei administratorului şi, în special, în posibilitatea unei clauze penale, care scuteşte societatea de sarcina probei prejudiciului.

Această din urmă opţiune este, însă, dezavantajoasă pentru societate, din cel puţin două puncte de vedere:

➡ procesul civil va fi suspendat în momentul în care s-a pus în mişcare acţiunea penală contra administratorului autor

[1] Decizia de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem nr. 11 din 5 august 1965, în Culegere de decizii pe anul 1965, p. 37.

Scanned with OKEN Scanner

al infracţiunii săvârşită prin neexecutarea contractului (art. 19 C.p.pen.);

➡ în procesul civil societatea plăteşte taxa de timbru la valoarea prejudiciului solicitat, în timp ce în procesul penal nu plăteşte această taxă.

De aceea, noi contestăm soluţia practicii judecătoreşti de a considera că în procesul penal nu se pot aplica decât regulile de la răspunderea civilă delictuală[1]. Din moment ce între părţi există un contract, care, prin clauzele sale, a reglementat exhaustiv raporturile dintre părţi, inclusiv problema răspunderii civile (patrimoniale), rezultă că a aplica regulile de drept comun ale răspunderii civile delictuale acolo unde există o reglementare specială, convenţională, a răspunderii civile înseamnă a încălca principiul *specialia generalibus derogant* (numai acolo unde şi atunci când nu există o reglementare specială, se aplică, în subsidiar sau în completare dreptul comun). Cadrul procesual în care se exercită acţiunea civilă nu poate schimba natura juridică a răspunderii.

[1] În doctrină (C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 133) s-a admis că în procesul penal se poate invoca răspunderea contractuală numai în ipoteza art. 17 C.p.pen., pe motiv că persoanele arătate în acest text nu ar avea opţiune între procesul penal şi cel civil, trebuind să se mulţumească cu exercitarea acţiunii civile în procesul penal, care este obligatorie şi se exercită din oficiu; numai opţiunea pentru procesul penal e obligatorie, nu şi opţiunea pentru răspunderea delictuală. Soluţia ni se pare, însă, cam forţată, întrucât odată acceptat că, în procesul penal, acţiunea civilă se conduce obligatoriu după regulile răspunderii civile delictuale, înseamnă că opţiunea între răspunderea delictuală şi răspunderea contractuală se realizează prin opţiunea între instanţa penală şi instanţa civilă.

Scanned with OKEN Scanner

3.4. Cauzele care înlătură sau exclud răspunderea penală. Consecinţele acestora relativ la răspunderea civilă

3.4.1. Codul penal reglementează, în art. 44-51 şi art.18[1] anumite cauze care exclud caracterul infracţional al faptei: legitima apărare, starea de necesitate, constrângerea fizică (forţa majoră) ori constrângerea morală, cazul fortuit, iresponsabilitatea, beţia fortuită, minoritatea, eroarea de fapt, lipsa pericolului social concret. Dacă administratorul, autor al unei fapte penale se află într-o asemenea situaţie[1], el va fi exonerat de răspundere penală.

Legea penală prevede şi anumite situaţii în care, deşi fapta ilicită este o infracţiune, făptuitorul nu este pedepsit, întrucât este înlăturată răspunderea penală (amnistie, prescripţia răspunderii penale, lipsa sau retragerea plângerii penale prealabile de către persoana vătămată etc.) ori răspunderea penală este înlocuită cu o răspundere cu caracter administrativ (art. 91 C.pen.). De asemenea, legea penală prevede cauze de nepedepsire, cum ar fi: desistarea sau împiedicarea producerii rezultatului (art. 22 C.pen.), împiedicarea de către participant a producerii rezultatului (art. 30 C.pen.), nedenunţarea unor infracţiuni de către soţul autorului acelor infracţiuni, constrângerea la darea de mită etc. În toate aceste cazuri, dacă fapta respectivă este producătoare de prejudicii, răspunderea civilă a autorului nu e înlăturată, autorul putând fi obligat la repararea prejudiciului.

3.4.2. Aspecte specifice pot fi identificate în legătură cu forţa majoră, cazul fortuit şi eroarea de fapt.

a) forţa majoră este definită de art. 46 alin. 1 C.pen. ca fiind o constrângere fizică la care făptuitorul n-a putut rezista, astfel că a săvârşit o faptă prevăzută de legea penală, forţat de acea

---

[1] Cu excepţia stării de minoritate, care este de neconceput în ce-l priveşte pe administrator, întrucât un minor, chiar responsabil penal (peste 16 ani) nu poate fi administrator al unei societăţi comerciale.

Scanned with OKEN Scanner

împrejurare. Forţa majoră poate fi identificată şi sub forma celor două cauze speciale de neräspundere prevăzute de art. 144 alin. 5 şi 6 din Legea nr. 31/1990 în favoarea administratorilor care fac parte dintr-un organ colegial de conducere a societăţii (consiliu de administraţie). Dacă sunt îndeplinite condiţiile celor două texte, administratorul nu va răspunde penal (în calitate de coautor, instigator sau complice la fapta penală săvârşită de organul colegial), aşa cum nu va răspunde nici patrimonial, când fapta ilicită are şi caracter prejudiciabil. De asemenea, administratorul nu va răspunde penal atunci când fapta penală este rezultatul deciziei adunării generale (voinţa majorităţii s-a impus ca o forţă majoră); dar administratorul este obligat să atace în justiţie pentru ilegalitate flagrantă o astfel de decizie a adunării generale; dacă nu intentează o astfel de acţiune, nu va fi exonerat de răspundere;

b) cazul fortuit este definit de art. 47 C.pen. ca fiind o împrejurare imprevizibilă, datorită căreia fapta unei persoane a avut un rezultat ce aduce această faptă în tiparul normei penale incriminatoare. Fapta nu are caracter infracţional, întrucât rezultatul său nu putea fi prevăzut; scopul (ori finalitatea) faptei, în conştiinţa şi voinţa făptuitorului, era cu totul altul decât rezultatul imprevizibil care s-a produs, fapt pentru care autorul nu răspunde penal. Cazul fortuit nu se confundă cu acea formă a culpei (vinovăţie penală, caracterizată prin lipsa elementului intenţional) care constă în lipsa de prevedere a rezultatului faptei, rezultat care trebuia şi putea să fie prevăzut de făptuitor (art. 19 pct. lit. b C.pen.). Cazul fortuit reprezintă o ***imposibilitate absolută de prevedere*** a rezultatului unei fapte, în timp ce la culpa fără prevederea rezultatului faptei, această neprevedere este relativă, fiind posibilă numai în cazul concret respectiv, întrucât oricine, cu un nivel normal (obişnuit) de pregătire şi conştiinţă putea sau trebuia să prevadă rezultatul faptei.

Această distincţie între cazul fortuit (cauză de înlăturare a caracterului penal al faptei) şi culpa fără prevederea rezultatului faptei (formă de vinovăţie) este esenţială în ce-i priveşte

Scanned with OKEN Scanner

pe administratorii societăţilor comerciale, mai ales atunci când societatea ajunge în încetare de plăţi. Astfel, falimentul societăţii poate atrage şi sancţiuni penale faţă de administratori, dacă se dovedeşte că prin faptele lor, aceştia au atras starea de încetare a plăţilor de către societate (art. 123 alin. 2 din Legea nr. 64/1995). Falimentul societăţii poate fi atras şi de conjuncturi economice nefavorabile care, dacă prezintă caracter de imprevizibilitate absolută (pentru oricine), exonerează de răspundere penală pe administratori (caz fortuit), dar dacă aceste conjuncturi economice nefavorabile puteau şi trebuiau să fie prevăzute de administrator, rezultatul faptelor acestora, adică starea de faliment al societăţii, nu mai este imprevizibil absolut (caz fortuit); administratorii profesionişti trebuie supuşi unui examen mai sever, în ce priveşte această imprevizibilitate, întrucât tehnicile de management sunt create şi puse în practică, printre altele, şi pentru a se evita falimentul societăţii. Unele legislaţii (cum ar fi cea franceză) obligă administratorii, de altfel, să ia unele măsuri, pe tot parcursul existenţei societăţii, pentru a fi evitată starea de încetare de plăţi: menţinerea unui capital social minim, a unei valori minime a activelor nete şi a unei valori maxime de îndatorare, proceduri de alertă în caz de dificultăţi financiare, proceduri prefalimentare etc. În dreptul nostru astfel de obligaţii sunt impuse doar unor societăţi comerciale specializate, cum ar fi băncile sau societăţile de asigurare.

Trebuie remarcat, tot legat de aspectele arătate, că unele infracţiuni ce se pot întâlni în activitatea administratorilor, în special cele prevăzute în legea societăţilor comerciale sau în alte legi speciale cu dispoziţii penale, sunt, de regulă, infracţiuni intenţionate, având ca element material (*verbum regens*) o acţiune, şi nu o inacţiune. Or, conform art. 19 alin. 2 C.pen., fapta constând într-o acţiune săvârşită din culpă constituie infracţiune numai atunci când în lege se prevede expres aceasta. Rezultă că, dacă în lege nu se prevede şi sancţionarea faptelor săvârşite din culpă de administrator, atunci când acestea constau într-o acţiune, fapta nu e infracţiune; deci,

Scanned with OKEN Scanner

problema distincţiei între cazul fortuit şi culpă fără prevedere nu se mai pune, în aceste situaţii: ambele cazuri sunt exoneratoare de răspundere penală.

În dreptul civil, se consideră că acolo unde încetează culpa, începe cazul fortuit[1], unii autori considerând că trebuie incluse în noţiunea de caz fortuit toate acele împrejurări care au făcut imposibilă prevederea şi deci şi prevenirea urmărilor faptei[2], ceea ce ar duce la înlăturarea vinovăţiei. Rezultă că, în civil, spre deosebire de dreptul penal, cazul fortuit are un sens mult mai larg, incluzând şi forţa majoră. Pe de altă parte, trebuie reţinut că răspunderea civilă delictuală poate să existe chiar dacă nu există vinovăţie (este vorba de aşa-numita "răspundere obiectivă"[3]), în timp ce, în penal, lipsa vinovăţiei înseamnă lipsa răspunderii penale; la aceasta se adaugă şi acele situaţii în care, deşi inculpatul este achitat, răspunderea sa civilă subzistă, întrucât fapta inculpatului îşi păstrează caracterul de delict civil (art. 346 C.p.pen.). Această situaţie rezultă din principiul potrivit căruia autorul faptei prejudiciabile răspunde chiar şi pentru cea mai uşoară culpă (art. 998-999 C.civ.).

Pe de altă parte, noţiunile de "forţă majoră" şi "caz fortuit" au înţeles diferit în civil, faţă de cel statuat în legea penală, dar acestea nu pot fi confundate, datorită diferenţelor esenţiale de natură juridică dintre cele două forme de răspundere (răspunderea penală are caracter sancţionator, aflictiv; răspunderea civilă are caracter reparatoriu). Forţa majoră, în civil, constă într-o împrejurare externă şi absolut invincibilă, fără relaţie cu lucrul care a provocat dauna sau însuşirile sale naturale, împrejurare care are un caracter extraordinar; forţa majoră

---

[1] M. ELIESCU, *Răspunderea civilă delictuală*, p. 206.

[2] TUDOR R. POPESCU, PETRE ANCA, *Teoria generală a obligaţiilor*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1968, p. 239.

[3] Cum ar fi: răspunderea pentru fapta altei persoane, întemeiată, în principiu pe o prezumţie legală de vinovăţie (art. 1000 alin. 2-4 C.civ.), prezumţie interzisă în penal de constituţie; răspunderea pentru "fapta" lucrului (art. 1000 alin. 1 C.civ.), care poate interveni şi dacă există caz fortuit. Vz., pt. amănunte, C. STĂTESCU, C. BÎRSAN, *op.cit.*, p. 215.

pentru a fi exoneratoare de răspundere civilă, trebuie să fi cauzat singură producerea prejudiciului. Noţiunii de caz fortuit, însă, i se atribuie un înţeles tehnic, de natură a pune în practică garanţia obiectivă pe care o datorează paznicul juridic al unor lucruri faţă de terţii cu care aceste lucruri vin în contact şi suferă prejudicii cum ar fi: anumite împrejurări intrinseci lucrului (vicii ascunse ale lucrului, defecte de fabricaţie, care puteau fi cunoscute paznicului juridic); anumite împrejurări exterioare lucrului, neimputabile paznicului juridic, dar care nu prezintă gradul de imputabilitate şi invincibilitate al forţei majore. Deşi cazul fortuit exclude vinovăţia, el nu exclude şi răspunderea civilă pentru pagubele produse de lucrurile puse în circulaţie de paznicul juridic, acesta fiind dator să garanteze că astfel de lucruri nu prezintă pericol de prejudiciere a altora.

Cele arătate prezintă interes în ce priveşte legislaţia privind protecţia consumatorilor; administratorii societăţilor producătoare de bunuri şi servicii nu răspund penal pentru astfel de situaţii, dar răspund patrimonial, în solidar cu societatea, pentru pagubele produse de acestea.

c) Eroarea de fapt constă în necunoaşterea, de către autorul unei fapte prevăzute de legea penală, în momentul săvârşirii faptei, a existenţei unei stări, situaţii sau împrejurări de care depindea caracterul penal al faptei (art. 51 alin. 2 C.pen.). Dacă legea penală sancţionează şi faptele săvârşite din culpă, eroarea de fapt exonerează de răspundere penală pentru faptele respective numai dacă necunoaşterea stării, situaţiei sau împrejurării de care depindea caracterul penal al faptei nu este ea însăşi rezultatul culpei (art. 51 alin. 3 C.pen.). Din aceste reguli rezultă că un administrator nu se poate prevala de eroarea de fapt pentru a fi exonerat de răspunderea penală pentru o faptă săvârşită din culpă, dacă necunoaşterea (eroarea) se datorează lipsei profesionalismului ori lipsei măsurilor ce trebuiesc luate pentru prevenirea producerii unor prejudicii sau stări de pericol rezultate din fapte penale ale administratorului (ex: contabilitate fictivă sau lipsa acesteia).

Scanned with OKEN Scanner

3.4.3. Atunci când infracţiunea intenţionată este şi producătoare de prejudicii patrimoniale, de cele mai multe ori răspunderea penală se cumulează cu răspunderea civilă delictuală. Dar, întrucât răspunderea civilă delictuală este angajată chiar şi pentru culpa cea mai uşoară (art. 998-999 C.civ.), sau uneori poate să survină şi acolo unde nu există vinovăţie, lipsa răspunderii penale a făptuitorului nu înseamnă, automat, şi lipsa răspunderii sale delictuale: înlăturarea caracterului ilicit penal al faptei nu semnifică, de plin drept, şi înlăturarea caracterului ilicit civil al faptei.

Art. 346 alin. 2 C.p.pen. dispune că instanţa învestită legal cu judecarea unei infracţiuni îl poate obliga la despăgubiri civile pe inculpat, chiar dacă a pronunţat achitarea, în cazurile în care aceasta s-a pronunţat, întrucât fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracţiuni (art. 10 lit. b^1 C.p.pen., raportat la art. 18^1 C.pen.), pentru că instanţa a constatat existenţa unei alte cauze care înlătură caracterul penal al faptei sau pentru că lipseşte vreunul din elementele constitutive ale infracţiunii. Spre exemplu, fapta care nu prezintă gradul de pericol social al infracţiunii (art. 18^1 C.pen.), poate prezenta un pericol social mai redus, adică poate fi un delict civil; lipsa unuia dintre elementele constitutive ale infracţiunii poate însemna lipsa vinovăţiei penale, dar care să nu excludă vinovăţia civilă (ex: fapta constă într-o acţiune, iar legea nu prevede sancţionarea sa când este săvârşită din culpă, cum ar fi violarea de domiciliu din culpă).

Inculpatul achitat pentru că fapta imputată nu a fost săvârşită de inculpat ori pentru că fapta nu există nu poate fi obligat la despăgubiri (art. 346 alin. 3 C.p.pen.); instanţa penală nu se pronunţă asupra cererii de despăgubiri când fapta nu îmbracă forma ilicitului penal, conform art. 346 alin. final C.p.pen., dar aceasta nu răpeşte dreptul celui păgubit de a-l acţiona civil pe făptuitor, dacă fapta este un ***ilicit civil***.

Scanned with OKEN Scanner

3.5. Unele infracţiuni din legea societăţilor comerciale şi infracţiunea de concurenţă neloială

3.5.1. Infracţiunile reglementate în Legea nr. 31/1990 (art. 265-276) au, de regulă, un ***subiect activ circumstanţiat*** prin anumite calităţi sau prin poziţia pe care o ocupă în cadrul societăţii: administrator, cenzor, director, asociat etc. Dar aceste infracţiuni se referă, în mod special, la administratori (atât cei de drept, cât şi cei de fapt).

Protecţia acţionarilor (asociaţilor, în general), în special a celor care nu sunt asociaţi la gestiunea societăţii, dar şi protecţia investitorilor şi apărarea ordinii publice fac necesară reglementarea, în dreptul societăţilor comerciale, a unor infracţiuni specifice, în acest scop nefiind suficiente mijloace represive ale dreptului comun (cum sunt infracţiunile de înşelăciune, abuz de încredere, gestiune frauduloasă, fals etc.). Cu toate acestea, atunci când prin fapta penală incriminată ar fi afectate numai interesele societăţii sau ale acţionarilor, ar fi mai eficient ca acţiunea penală să fie pusă în mişcare numai la plângerea prealabilă[1] a celui vătămat (societate, acţionari), mai ales că această plângere prealabilă ar putea fi decisă de adunarea generală în aceleaşi condiţii cu cele ale acţiunii în răspundere, iar când infracţiunea ar avea şi un rezultat prejudiciabil, introducerea plângerii prealabile ar putea fi dublată de intentarea acţiunii în răspundere contra administratorului, cele două răspunderi - penală şi civilă - cumulându-se. Actuala reglementare, însă, nu instituie un astfel de regim. Dintre infracţiunile cele mai importante reglementate de legea societăţilor comerciale, frecvenţa cea mai

[1] Pt. o propunere de lege ferenda în acest sens, Vz. VIOREL PASCA, "*Consideraţii cu privire la infracţiunile prevăzute de Legea nr. 31/1990*", în Dreptul nr. 1/1992, p. 52. În această lucrare, autorul constată că prevederile fostelor art. 194 - 209 din lege (actualmente art. 265 - 276) sunt preluate aproape fără nici o modificare din proiectul Codului Comercial 1938, precum şi că unele texte sunt preluate greşit.

Scanned with OKEN Scanner

ridicată o au infracţiunile de abuz de bunurile sau creditul societăţii (art. 266 pct. 2 şi 3), abuzul de puterile conferite de funcţia de administrator (art. 268 pct. 1 şi 2), abuzul de drept de vot (art. 273 alin. 1, pct. 1-3), contabilitatea înşelătoare (art. 265 pct. 2).

a) Abuzul de bunurile societăţii are în vedere acte de dispoziţie ale administratorului (sustragere, deturnarea bunurilor sau fondurilor societăţii prin vânzarea lor sau constituirea de garanţii reale asupra lor, în interesul propriu al administratorului) dar şi acte de administrare (utilizarea bunurilor societăţii - mobile sau imobile - în scop personal de către administrator; preluări din casieria societăţii în scopul unor cheltuieli personale; preluarea de către societate a cheltuielilor personale ale administratorilor).

b) Abuzul de creditul societăţii poate consta în garantarea de către societate a unor obligaţii personale ale administratorului, prin fidejusiune, cauţiune reală, aval, gir etc.; împrumuturi ale administratorilor de la societate[1].

c) Abuzul de puterea şi prerogativele de gestiune, administrare şi direcţie poate consta în: îndeplinirea hotărârilor adunării generale referitoare la fuziune, dizolvare, reducerea capitalului social înainte de trecerea termenelor prevăzute de lege; iertarea de datorie a unui debitor social sau aprobarea unei convenţii între societate şi administratori în condiţii împovărătoare pentru societate etc.

d) Abuzul de drept de vot poate consta în faptul că administratorul, reprezentant (cu procură) al altor acţionari sau asociaţi votează în Adunarea Generală, urmărind un scop personal ori un scop străin de societate şi în orice caz, contrar intereselor societăţii. Convenţiile referitoare la exercitarea dreptului de vot sunt interzise în dreptul nostru, fiind chiar incriminate (art. 273 din lege), atunci când aceste convenţii,

---

aproape fără nici o modificare din proiectul Codului Comercial 1938, precum şi că unele texte sunt preluate greşit.

[1] În anumite condiţii precis reglementate şi determinate, aceste operaţiuni sunt permise; vz. *supra*, p. 169-172.

Scanned with OKEN Scanner

sunt încheiate în schimbul unui interes material. Astfel de convenţii sunt permise în legislaţia americană. Aceste convenţii nu trebuie confundate cu aşa-numitele "consorţii ale acţionarilor"; aceste consorţii nu intră sub incidenţa art. 273 din lege, întrucât prin intermediul lor se urmăreşte orientarea votului în adunarea generală prin acţionarea în răspundere a acţionarului, sau să se faciliteze acţionarea în răspundere a administratorilor de către acţionarii minoritari, atunci când adunarea generală a refuzat o astfel de acţionare în răspundere, datorită influenţei administratorului; în ambele situaţii se urmăreşte interesul social de a se repara prejudiciul produs de administrator şi nu un interes contrar societăţii.

În toate cele patru situaţii exemplificate (a-d) există abuz dacă folosirea bunurilor sau creditelor societăţii, puterilor administratorilor sau a dreptului de vot este ***contrară intereselor societăţii*** şi **este *generatoare de prejudicii pentru societate*** (în noţiunea de prejudiciu trebuie inclus atât *damnum emergens* cât şi *lucrum cessans*). Rezultă că suntem în prezenţa unor ***infracţiuni de rezultat***, ceea ce înseamnă că, fără existenţa prejudiciului sau a unei probabilităţi accentuate de producere a unui prejudiciu, nu există abuz, deci fapta nu are caracter penal.

Dacă în cadrul unui grup de societăţi, o filială este prejudiciată în interesul altei societăţi din cadrul grupului sau în cel al societăţii-mamă, nu există abuz, întrucât interesul grupului primează celui al societăţilor din cadrul grupului, cu condiţia ca acest prejudiciu să nu se repercuteze asupra acţionarilor minoritari sau asupra investitorilor în valorile mobiliare emise de societăţile din cadrul grupului. De asemenea, dacă asociaţii au consimţit la actul susceptibil de a fi considerat abuziv, nu va exista abuz.[1]

Aşa cum s-a putut observa, infracţiunea există dacă folosirea bunurilor sociale, creditului societăţii etc., este în interes

[1] Cass.crimm.fr., dec. din 30.09.1991, citată de M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p. 253.

Scanned with OKEN Scanner

strict personal sau indirect personal al administratorului (ex: favorizarea unei alte societăţi în care administratorul este direct sau indirect interesat). Rezultatul faptei abuzive este o pagubă materială, dar scopul administratorului poate fi material sau moral, cum ar fi: salvarea reputaţiei personale, întreţinerea unor relaţii bune cu un terţ, susţinerea unui candidat în alegeri, sponsorizări excesive sau neinspirate.[1]

În ce priveşte vinovăţia, aceasta se prezintă sub forma relei-credinţe (intenţie calificată), fiind exclusă culpa ca formă de vinovăţie (imprudenţă, neatenţie, neglijenţă). Dar există rea-credinţă şi dacă administratorul cunoştea avantajul personal dobândit din săvârşirea faptei, chiar dacă nu a urmărit direct producerea acestuia, dar a acceptat producerea lui (intenţie indirectă).

3.5.2. Infracţiunea de concurenţă neloială

Legea nr. 11/1991 reglementează, în art. 5, infracţiunea de concurenţă neloială, în mai multe variante alternative. Această infracţiune nu se confundă cu infracţiunea de concurenţă neloială reglementată în art. 301 C.pen.; reglementarea codului penal are în vedere punerea în circulaţie a unor produse ce poartă denumiri de origine şi indicaţii de provenienţă false ori aplicarea pe produse a unor menţiuni false privind brevetele de invenţie, în scopul de a ***induce în eroare pe beneficiar.***

Infracţiunea de concurenţă neloială reglementată în art. 5 din Legea nr. 11/1991 se referă la concurenţii de pe piaţa relevantă ai autorului infracţiunii; subiectul pasiv, deci, nu este beneficiarul produselor, ci ***concurentul*** autorului faptelor de concurenţă neloială.

Într-adevăr, comercianţii sunt obligaţi să-şi exercite activitatea cu bună-credinţă şi potrivit uzanţelor cinstite (art. 1), orice act sau fapt contrar uzanţelor cinstite în activitatea comercială sau industrială constituind concurenţă neloială (art. 2) care

[1] M. COZIAN, A. VIANDIER, *op.cit.*, p.254.

Scanned with OKEN Scanner

atrage răspunderea civilă, contravenţională sau penală a autorului acestor fapte de concurenţă neloială (art. 3). Faptele contravenţionale de concurenţă neloială sunt reglementate de art. 4 din lege; infracţiunile sunt reglementate în art.5, iar răspunderea civilă pentru faptele de concurenţă neloială este reglementată în art. 6 şi art. 9 (acest din urmă text reglementează şi daunele morale suferite de victima faptei de concurenţă neloială; la vremea respectivă era, pe lângă art. 11 din Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ, un prim text de lege care reintroducea expres posibilitatea reparării prejudiciului moral, respins multă vreme în perioada de dinainte de 1989).

Subiectul activ al infracţiunii de concurenţă neloială este, în cazul societăţii comerciale, administratorul acesteia. În doctrină[1] s-a exprimat opinia că Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale ar crea o breşă în concepţia tradiţională conform căreia numai persoanele fizice sunt responsabile penal, nu şi persoanele juridice, dat fiind faptul că reglementarea infracţiunii de concurenţă neloială în art. 5 din această lege se aplică tuturor comercianţilor, fără a se face distincţia între persoanele fizice - comercianţi şi societăţile comerciale.

Desigur că, *de lege ferenda*, se impune reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice, mai ales pentru fapte de concurenţă neloială. Dar din Legea nr. 11/1991 nu se poate trage concluzia că societăţile comerciale pot fi sancţionate penal. Ca obligaţie profesională generală ce incumbă oricărui comerciant (deci şi societăţii comerciale), obligaţia de exercitare a comerţului în limitele unei concurenţe loiale se execută de administratorul societăţii, în calitate de organ al societăţii prin care se manifestă capacitatea de exerciţiu a societăţii. Pe de altă parte, răspunderea penală este o răspundere specială, cu caracter de excepţie, guvernată de principiul prezumţiei de nevinovăţie şi de principiul *in dubio pro reo*: dacă legea

[1] CONSTANTIN BUTIUC, "*Despre o eventuală răspundere penală a persoanei juridice*", Dreptul nr. 10-11/1994, p. 88.

Scanned with OKEN Scanner

nu dispune expres că răspunderea penală pentru concurenţă neloială incumbă societăţii, ca persoană juridică, această răspundere penală nu poate fi extinsă, prin analogie ("comerciant" = persoană fizică sau societate comercială) şi asupra societăţii, rămânând cantonată la administratorul societăţii. De altfel, din acest punct de vedere, Legea nr. 11/1991 este deficitară, întrucât un administrator autor al unei fapte de concurenţă neloială, s-ar putea apăra de răspundere penală (sau chiar contravenţională) susţinând că fapta de concurenţă neloială n-a fost săvârşită în nume propriu, ci în numele societăţii, iar legea nu se referă expres la administratorul societăţii comerciale, ci la "comerciantul" care a săvârşit fapta de concurenţă neloială, că, deci, nu este întrunită una din condiţiile (elementele) conţinutului constitutiv al infracţiunii, aceea referitoare la subiectul activ al infracţiunii. Pe acest argument se poate susţine că, de fapt, ***incidenţa normei incriminatoare din art. 5 din Legea nr. 11/1991 este foarte redusă, având în vedere doar comerciantul - persoană fizică.***

Conform art. 5 din Legea nr. 11/1991 constituie infracţiunea de concurenţă neloială şi se pedepseşte cu închisoare de la o lună la doi ani sau cu amendă de la 20.000 lei la 100.000 lei:

a) întrebuinţarea unei firme, unei embleme, unor desemnări speciale sau a unor ambalaje de natură a produce ***confuzie*** cu cele folosite legitim de ***alt comerciant***;

b) producerea în orice mod, importul, exportul, depozitarea, punerea în vânzare sau vânzarea unor mărfuri purtând menţiuni false privind brevetele de invenţie, originea şi caracteristicile mărfurilor, precum şi cu privire la numele producătorului sau comerciantului, în scopul de a induce în eroare pe ceilalţi comercianţi şi pe beneficiari; prin menţiuni false asupra originii mărfurilor se înţelege orice indicaţie de natură a face să se creadă că mărfurile au fost produse într-o anumită localitate, într-un anumit teritoriu, sau într-un anumit stat; nu se socoteşte menţiune falsă asupra originii mărfurilor denumirea unui produs al cărui nume a devenit generic şi indică în comerţ numai natura lui (cum ar fi copiatoarele, care uzual se

Scanned with OKEN Scanner

mai denumesc "xeroxuri", după denumirea folosită de firma "Rank Xerox"), afară de cazul în care denumirea este însoţită de o menţiune care ar putea face să se creadă că are acea origine.

Pentru această infracţiune, acţiunea penală se pune în mişcare la plângerea prealabilă a părţii vătămate ori la sesizarea camerei de comerţ teritoriale sau a altei organizaţii profesionale (art. 8).

3.6. Consecinţele penale ale falimentului faţă de administratori

3.6.1. Din dispoziţiile art. 123 alin. 2 din Legea nr. 64/1995 rezultă că administratorii unei societăţi ajunse în stare de încetare de plăţi pot fi sancţionaţi penal dacă faptele enumerate la alin. 1 al art. 123 (şi care justifică, de altfel, şi o eventuală decizie a tribunalului conform căreia administratorii să fie obligaţi la acoperirea pasivului societăţii, dacă prin săvârşirea acestor fapte administratorii au contribuit la starea de încetare a plăţilor de către societate şi la insuficienţa activelor pentru acoperirea pasivului) întrunesc elementele constitutive ale unei (unor) infracţiuni. Rezultă că, dacă administratorii:

a) au folosit bunurile sau creditele societăţii în folosul propriu sau în cel al unei alte societăţi;

b) au făcut acte de comerţ în interes personal, sub acoperirea societăţii;

c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea în mod vădit societatea la încetare de plăţi;

d) au ţinut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu legea;

e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul societăţii sau au mărit, în mod fictiv, pasivul acesteia;

f) au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura societăţii fonduri în scopul întârzierii încetării plăţilor;

Scanned with OKEN Scanner

g) în luna precedentă încetării plăţilor, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferinţă un creditor, în dauna celorlalţi creditori, şi dacă aceste fapte au fost săvârşite în asemenea condiţii încât să îmbrace caracter penal (infracţional), administratorii vor răspunde şi penal pentru aceste fapte, pe lângă răspunderea patrimonială constând în acoperirea unei părţi din pasiv.

Dintre faptele enumerate unele sunt infracţiuni prin ele însele, altele căpătând caracter infracţional dacă li se adaugă, în cadrul conduitei administratorilor, unele condiţii. Astfel, fapta de la litera d (contabilitate fictivă, neregulată, înşelătoare) poate constitui o infracţiune la legea contabilităţii; faptă prevăzută la lit. a (folosirea bunurilor sau creditului societăţii în interesul propriu al administratorului), poate constitui infracţiunea de abuz de bunuri sociale (art. 266 pct. 2 din Legea nr. 31/1990) dacă fapta este săvârşită cu rea-credinţă; fapta de la litera e (deturnarea sau ascunderea unei părţi din activ sau mărirea fictivă a pasivului societăţii) poate constitui un fals, o gestiune frauduloasă sau o înşelăciune etc.

3.6.2. Infracţiunea de ***bancrută frauduloasă*** este reglementată în Legea nr. 31/1990, în art 276; prin Legea nr. 64/1995 au fost abrogate dispoziţiile Codului Comercial referitoare la bancrută (simplă[1)] - art. 879 - sau frauduloasă - art. 880 C.com.), astfel că, în prezent, această infracţiune nu mai depinde obligatoriu de existenţa falimentului, putând fi săvârşită şi în cursul existenţei normale a societăţii. Prin abrogarea dispoziţiilor Codului Comercial referitoare la faliment (art. 695 - 888) comerciantul - persoană fizică nu mai poate fi subiectul activ al infracţiunii de bancrută din moment ce bancruta nu mai este posibilă decât în sânul unei societăţi.

---

[1] Bancruta simplă era definită ca fiind acea faptă a comerciantului care, chiar înainte de declararea sa în faliment, şi numai pentru a-şi facilita un moratoriu, şi-a atribuit cu bună ştiinţă şi în contra adevărului, o parte din activ sau a simulat datorii inexistente pentru a face să intervină în adunări creditori, în tot sau în parte, fictivi.

Scanned with OKEN Scanner

Pe de altă parte, administratorii societăţilor comerciale sunt, în prezent, pedepsibili direct pentru bancrută şi nu pentru aşa-numita cvasi-bancrută reglementată în fostul art. 884 C.com. (dacă societatea era "falitul", administratorii săi nu puteau fi consideraţi bancrutari, ci, eventual, autori ai unor infracţiuni corelative bancrutei, denumite generic şi cvasi-bancrută).

Conform art. 276 din Legea nr. 31/1990, bancruta frauduloasă constă în:

a) falsificarea, sustragerea sau distrugerea evidenţelor societăţii ori ascunderea unei părţi din activul societăţii; înfăţişarea de datorii inexistente sau prezentarea în registrele societăţii, în alt act sau în bilanţul contabil, a unor sume nedatorate, fiecare dintre aceste fapte fiind săvârşite în vederea diminuării aparente a valorii activelor;

b) înstrăinarea, în frauda creditorilor, în caz de faliment al unei societăţi, a unei părţi însemnate din active; rezultă că, în această variantă, infracţiunea de bancrută frauduloasă are o situaţie premisă constând în falimentul societăţii.

Bancruta, din punt de vedere etimologic, este definită ca fiind ***falimentul*** unui comerciant însoţit de nereguli financiare în dauna creditorilor (DEX). Noţiunea provine din termenul italian banca rotta - "banca ruptă" (în franc.- banqueroute), avându-şi originea în dreptul şi practica târgurilor medievale italiene: când un comerciant îşi înceta plăţile, banca sa, pe care îşi expunea mărfurile spre comercializare, era "ruptă" în mod simbolic, pentru a arăta clar că acel comerciant (bancrutar) nu mai aparţinea comunităţii celorlalţi comercianţi.

În dreptul francez, bancruta este condiţionată de declanşarea procedurii colective faţă de debitor; această infracţiune reuneşte, în dreptul francez, fapte voluntare (intenţionate) care se înrudesc cu falsul sau delapidarea cu excluderea faptelor săvârşite din culpă (temeritate, imprudenţă). Aceste fapte sunt enumerate destul de imprecis[1], astfel : deturnarea

[1] Acest fapt i-a determinat pe unii autori să constate că reglementarea nu e concordantă cu principiul legalităţii incriminării. Vz. YVES GUYON, *op.cit.*, tome II, p. 470.

ori disiparea, eroziunea unei părţi din activ (organizarea voluntară a falimentului); ţinerea unei contabilităţi fictive sau absenţa contabilităţii; recunoaşterea frauduloasă a unor datorii inexistente; folosirea unor mijloace frauduloase ruinătoare de către debitor pentru a-şi procura credit sau pentru a întârzia deschiderea procedurii colective etc.

Aşa cum s-a arătat, din dispoziţiile art. 276 lit. b din Legea nr. 31/1990, rezultă că bancruta frauduloasă poate exista în această variantă doar dacă faţă de societate a fost declarată, prin decizia tribunalului, ***procedura falimentului*** (nu şi procedura reorganizării judiciare).

Rezultă că falimentul societăţii este o situaţie ***premisă*** a infracţiunii de bancrută frauduloasă, fără de care infracţiunea nu există.

Şi în vechea reglementare, a Codului Comercial, declararea debitorului în stare de faliment sau starea de încetare a plăţilor (aşa-numitul "faliment virtual", starea debitorului din perioada de la încetarea plăţilor până la hotărârea de declarare a falimentului - art. 695 C.com., abrogat), reprezenta o situaţie premisă pentru infracţiunea de bancrută. Conform doctrinei interbelice[1], faptele enunţate de Codul Comercial ca elemente ale infracţiunii de bancrută nu sunt ele însele infracţiuni, câtă vreme nu există starea de faliment. Problema era, însă dacă starea de încetare de plăţi (falimentul virtual) era suficientă pentru existenţa bancrutei sau dacă falimentul trebuia să fie declarat prin hotărâre judecătorească pentru a exista bancruta. Unii autori înţelegeau prin faliment ca situaţie premisă a infracţiunii de bancrută o ***stare de drept*** (falimentul era declarat prin hotărâre judecătorească definitivă), în timp ce alţii înţelegeau prin această situaţie premisă o ***stare de fapt*** (încetarea plăţilor, falimentul virtual). În jurisprudenţă[2] s-a

[1] V. DONGOROZ, *Notă* la sentinţa Tribunalului Ilfov din 17 dec. 1927, în Pandectele Române, p. 200.

[2] Cas. II, dec. 5280/1930, în Codul comercial adnotat, p. 457, Cas. III, dec. 1966/18.10.1938, în RDC 1939, p. 254 şi în Codul comercial adnotat, p. 457, pct. 5; Cas. II, dec. 1518/13.05.1942, în RDC 1943, p. 113 şi în Codul comercial

Scanned with OKEN Scanner

statuat că faptele care atrag, conform Codului Comercial, urmărirea penală pentru bancrută, nu sunt prin ele însele infracţiuni, ci numai elemente componente ale acestui delict, fiindcă legalmente ele nu pot exista fără starea de faliment, care este un element constitutiv al infracţiunii de bancrută, ***nu numai o condiţie procedurală***; infracţiunea se consumă numai în momentul în care a intervenit ***declararea judecătorească a falimentului***.

Această controversă şi-a păstrat interesul şi în prezent datorită faptului că din art.1 şi art.20 din Legea nr.64/1995 rezultă că un comerciant - persoană fizică sau societate comercială care nu mai poate face faţă datoriilor sale comerciale cu activele disponibile (adică, este în stare de încetare de plăţi) poate fi declarat în procedura reorganizării judiciare *ori* a falimentului; acest debitor poate fi declarat direct în procedura falimentului (aşa cum rezultă din art.75 din Legea nr.64/1995), fapt pentru care e necesar să se cunoască dacă "falimentul" societăţii ca situaţie premisă a infracţiunii de bancrută frauduloasă[1], din art.276 lit. b din Legea nr.31/1990 înseamnă "falimentul virtual" (încetarea plăţilor) sau falimentul propriu-zis, pe care îl pronunţă tribunalul, în baza art.75 din Legea nr.64/1995. Soluţia este, desigur, că numai falimentul propriu-zis atrage bancruta frauduloasă în sensul art.276 lit. b din Legea nr.31/1990, întrucât încetarea plăţilor poate duce şi la procedura reorganizării judiciare, nu numai a falimentului.

Numai că, din art.75 din Legea nr.64/1995 nu rezultă clar când începe procedura falimentului şi care este mijlocul procedural prin care instanţa dispune începerea procedurii falimentului; pentru încadrarea în limitele principiului legalităţii

---

adnotat, p. 601, pct. 2. În această speţă se statuează şi că o hotărâre de declarare a falimentului nedefinitivă nu poate fi bază a delictului de bancrută.

[1] Dacă, în vechea reglementare, situaţia-premisă a infracţiunii de bancrută era falimentul comerciantului bancrutar (aceeaşi persoană fizică era şi subiect al procedurii falimentului şi subiect activ al infracţiunii de bancrută), în actuala reglementare situaţia-premisă a bancrutei frauduloase o reprezintă falimentul unei societăţi, căreia persoana vinovată i-a înstrăinat activul.

Scanned with OKEN Scanner

incriminării, falimentul trebuie dispus de tribunal *expressis verbis*, eventual, prin încheiere de şedinţă. Această dispoziţie este necesară şi pentru a se cunoaşte cu precizie momentul dizolvării societăţii ca o consecinţă a falimentului (art.222 lit. f din Legea nr.31/1990).

O problemă deosebită pusă de art.276 lit. b este şi aceea dacă introducerea acţiunii penale contra administratorului bancrutar duce la suspendarea procedurii falimentului societăţii conform art.19 C.pr.pen. (penalul ţine în loc civilul). Fostul art.714 din C.com. dispunea că cele două acţiuni (acţiunea penală şi procedura falimentului) se judecă separat, independent, ca o excepţie de la regula penalul ţine în loc civilul. În doctrină[1], pe considerentul că falimentul virtual (încetarea plăţilor) este un element constitutiv suficient al infracţiunii de bancrută, se arată că "acţiunea penală, care este de ordine publică, nu poate fi condiţionată de acţiunea comercială de declarare în stare de faliment a debitorului, acţiune care se promovează la cererea falitului a creditorilor săi sau din "oficiu" (conform fostului art 701 C.com. - n.n.). În realitate, regula din art 19 C.pr.pen., regulă imperativă, se impune indiferent dacă se consideră că falimentul propriu-zis al societăţii sau doar încetarea plăţilor constituie elementul constitutiv necesar, esenţial, al bancrutei frauduloase în varianta de la art. 276 lit. b din Legea nr. 31/1990. Acţiunea penală este intentată contra administratorului (sau a celorlalte persoane vinovate), în timp ce procedura falimentului se conduce contra societăţii (cu excepţia cazurilor de societate fictivă sau de faliment al administratorului, alăturat falimentului societăţii).

În vechea reglementare, bancruta era considerată o infracţiune unică, indiferent de pluralitatea faptelor care însoţesc sau urmează starea de faliment, mai precis, o infracţiune complexă, cu consumare instantanee, nesusceptibilă de forma continuată[2] şi nu un concurs de infracţiuni.

---

[1] V. PASCA, "*Infracţiunea de bancrută*", Dreptul nr. 6/1995, p. 36.
[2] *Ibidem*, p. 37.

Scanned with OKEN Scanner

În actuala reglementare, dată de art. 276 lit. b, infracţiunea de bancrută frauduloasă este unică, chiar dacă se săvârşeşte prin mai multe acţiuni (înstrăinarea unei "părţi însemnate" din activ). Legiuitorul urmăreşte să reprime starea de încetare a plăţilor; societatea nu poate fi în acelaşi timp în mai multe stări de încetare a plăţilor, dar încetarea plăţilor nu e pedepsibilă decât dacă se relevă o culpă sau o fraudă în managementul activităţii comerciale.

În ce priveşte ***subiectul activ***[1] al infracţiunii de bancrută frauduloasă, se pune o problemă de interpretare, deoarece art. 276 lit. b prevede că se pedepseşte pentru bancruta frauduloasă ***orice persoană*** care cunoscând starea de încetare a plăţilor de către societatea comercială, înstrăinează o parte însemnată din activ.

Fiind vorba de o "înstrăinare" de active sociale, e puţin probabil ca această acţiune să fie săvârşită "de orice persoană"; subiectul activ nu poate fi altcineva decât administratorul societăţii, de drept sau de fapt.

Până la apariţia Legii nr.64/1995 s-a considerat că bancruta simplă (cvasi-bancruta) săvârşită de administratorii şi directorii societăţii comerciale rămânea reglementată de art.884 C.com., în timp ce bancruta frauduloasă era reglementată de fostul art.208 din Legea nr.31/1990 (actualmente, art.276 lit. b). Actualmente, în mod nejustificat[2], art.884 e abrogat (astfel dispărând şi obligaţia administratorului de a declara la tribunal încetarea plăţilor de către societate; această declaraţie a devenit o facultate, în actuala reglementare - art. 20 din Legea nr. 64/1995).

Reglementarea bancrutei frauduloase în Legea nr.31/1990 şi nu în legea falimentului (aşa cum ar fi cerut, cel puţin,

---

[1] Subiectul activ al bancrutei, în vechea reglementare, nu putea fi decât comerciantul-persoană fizică. În cazul societăţilor comerciale, administratorii acestora, neavând calitate de comerciant, erau pasibili de unele infracţiuni corelative, denumite şi ***cvasi-bancrute*** (art. 884 şi urm. C.com. - "Despre delictele altor persoane decât falitul, fără complicitate la bancrută").

[2] Vz., în acelaşi sens, V. PASCA, *lucr.cit.*, în Dreptul nr. 6/1995, p. 44.

Scanned with OKEN Scanner

sensul etimologic al cuvântului "bancrută"), prezintă serioase inconveniente, putând da naştere la interpretări şi punând în discuţie principiul legalităţii incriminării. S-a exprimat chiar opinia[1] că ar fi eronată concluzia că faptele prevăzute în art. 208 (actualmente, art. 276 lit. b) din Legea nr.31/1990, ar întruni ele însele caracterele infracţiunii de bancrută, fără să existe încetarea plăţilor, deoarece necesitatea existenţei încetării plăţilor decurge din însuşi înţelesul noţiunii de bancrută; fără încetarea plăţilor faptele enumerate nu sunt bancrută frauduloasă. Deşi, de lege ferenda, această opinie nu este lipsită de justificare, totuşi, de lege lata, ea nu poate fi primită. Textul art.276 este clar, din el rezultând că există bancrută frauduloasă atât în varianta de la litera a (când societatea este *in bonis*) cât şi în varianta de la litera b (când societatea este în stare de faliment); norma legală trebuie interpretată în sensul în care să se aplice şi nu în sensul în care să nu se aplice.

3.6.3. În cazul infracţiunilor care însoţesc falimentul societăţii, administratorul vinovat poate fi sancţionat şi cu pedeapsa complementară a interzicerii exercitării funcţiei de administrator sau a profesiei de comerciant (art. 64 lit. c C.pen.); În plus, el va fi decăzut din funcţie şi nedemn de a mai fi administrator al unei societăţi, până la reabilitare (art.6 alin. 2 şi art.135 din Legea nr. 31/1990).

Acţiunea civilă în procesul penal intentat pentru astfel de infracţiuni, inclusiv pentru bancruta frauduloasă, este admisibilă doar dacă se urmăreşte aducerea la masa credală a prejudiciului recuperat, altfel s-ar aduce atingere caracterului egalitar şi colectiv al falimentului. O astfel de acţiune civilă poate fi exercitată doar de judecătorul sindic.

[1] V. PASCA, *lucr. cit.*, Dreptul nr. 6/1995, p. 46.

Scanned with OKEN Scanner

Subcap. IV RĂSPUNDEREA CONTRAVENȚIONALĂ A ADMINISTRATORILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

4.1. Specificul răspunderii contravenţionale a administratorului societăţii comerciale rezultă din următoarele două principii:

a) Societatea comercială, ca persoană juridică, ***nu poate răspunde contravenţional, în nume propriu, decât dacă această răspundere este prevăzută expres în lege*** (ca act juridic al Parlamentului) sau într-un alt act normativ cu putere de lege (decret al Consiliului de Stat - anterior anului 1989 sau Ordonanţă a Guvernului după adoptarea Constituţiei din 1991; Decret al CFSN, până în mai 1990). Această regulă de principiu rezultă din art.5 alin. 3 din Legea nr.32/1968, lege cadru în domeniul constatării şi sancţionării contravenţiilor. Consecinţele cele mai importante ale acestui principiu sunt următoarele:

- dacă actul normativ (lege, decret, ordonanţă) nu prevede sancţionarea persoanei juridice, a societăţii comerciale, sancţiunea contravenţională nu poate fi aplicată persoanei juridice, ***ci personal administratorului***, în calitate de organ al societăţii;

- dacă actul normativ care prevede sancţionarea contravenţiei nu este o lege (decret, ordonanţă) ci un act normativ de putere inferioară, cum ar fi o hotărâre de Guvern sau un act normativ al unei autorităţi publice independente, sancţiunea contravenţională nu poate fi aplicată societăţii, ci, eventual administratorului, chiar dacă în actul normativ respectiv s-ar prevede expres sancţionarea contravenţională a societăţii. În raport cu art. 5 alin. 3, teza I din Legea nr. 32/1968, sancţionarea contravenţională directă a persoanei juridice (societatea comercială) prin acte normative de o putere inferioară legii este ***nelegală***.

În practică, însă, acest principiu nu este respectat. Legi importante pentru relaţiile comerciale şi de afaceri, deşi

Scanned with OKEN Scanner

reglementează contravenţii care, în mod normal, ar putea fi aplicate direct societăţilor comerciale, omit totuşi să dispună că aceste sancţiuni contravenţionale se pot aplica şi persoanelor juridice, ceea ce înseamnă că o sancţiune contravenţională de acest gen aplicată direct persoanei juridice este nelegală. Pe de altă parte, există foarte multe cazuri în care se stabilesc prin hotărâri de Guvern sau prin alte acte normative ale unor autorităţi publice autonome (cum ar fi CNVM), contravenţii în sarcina unor societăţi comerciale, deşi reglementarea contravenţională nu poate fi făcută decât prin lege[1]. Această situaţie nu este deloc justificată, întrucât, după 1990, în câmpul relaţiilor juridice au apărut foarte multe persoane juridice, în special societăţi comerciale, situaţiile în care acestea ar putea fi sancţionate în nume propriu pentru săvârşirea unor contravenţii fiind tot mai dese; pe de altă parte, există unele contravenţii care nu pot fi, obiectiv, săvârşite decât de persoanele juridice (de exemplu: contravenţiile în domeniul activităţii societăţilor de valori mobiliare sau a societăţilor de administrare a investiţiilor).

b) Societatea comercială răspunde în nume propriu pentru contravenţiile săvârşite de organele sau prepuşii săi, cu ***prilejul exercitării funcţiilor încredinţate***[2], atunci când, evident, această răspundere a persoanei juridice este prevăzută în actul normativ (lege sau alt act normativ cu putere de lege) care sancţionează respectiva contravenţie. Această situaţie este o consecinţă, specifică ilicitului contravenţional, a principiilor reglementate în art.35 din Decretul nr.31/1954. Astfel, conform art.35 alin. 2, actele făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor conferite, sunt actele persoanei juridice însăşi, iar conform art.35 alin. 3, faptele licite sau ***ilicite*** săvârşite de organele sale, cu prilejul exercitării funcţiilor încredinţate obligă însăşi persoana juridică. Abaterile contravenţionale săvârşite de administratori cu prilejul exercitării

---

[1] Vz. în acelaşi sens, AL. ŢICLEA, I.N. STAN, "*Constatarea şi sancţionarea contravenţiilor*", Ed. Atlas Lex, Bucureşti, 1996, p. 44.

[2] Când contravenţia este săvârşită fără nici o legătură cu funcţiile încredinţate, societatea nu răspunde, nici în nume propriu, nici în calitate de comitent, în baza art. 1000 alin. 3 C.civ.

Scanned with OKEN Scanner

funcţiilor lor sunt contravenţiile societăţii comerciale însăşi. Societatea poate, însă, în baza art. 35 alin. 4 din Legea nr. 32/1968, să se ***regreseze*** contra administratorilor, pentru că, în fapt, aceştia sunt singurii care poartă vinovăţia săvârşirii contravenţiei. Dacă răspunderea contravenţională a persoanei juridice nu e prevăzută expres în lege ori dacă fapta contravenţională nu are legătură cu funcţiile încredinţate, societatea nu răspunde; răspunderea incumbă doar administratorului vinovat.

Din cele arătate rezultă că principiul răspunderii persoanei juridice pentru fapta proprie (art.35 alin.3 din Decretul nr.31/1954) este ***limitat***, în domeniul ilicitului contravenţional, spre deosebire de răspunderea civilă delictuală.

4.2. Răspunderea contravenţională a administratorului societăţii comerciale poate fi o răspundere personală, directă sau o răspundere de regres, consecinţă a răspunderii societăţii pentru "fapta proprie". Uneori, legea prevede sancţionarea contravenţională atât a administratorului, cât şi a societăţii (ceea ce reprezintă, de altfel, o ilustrare a regulii statuate în art.35 alin. 4 din Decretul nr.31/1954, conform căreia pentru faptele ilicite ale "organului" persoanei juridice, răspunde şi cel ce le-a săvârşit, atât faţă de persoana juridică, cât şi faţă de terţi).

Pe de altă parte, fapta contravenţională poate să provoace fie societăţii, fie terţilor, prejudicii materiale sau morale, astfel că se pune şi problema unei acţiuni civile în daune contra autorului faptei contravenţionale.

Cumulul răspunderii contravenţionale (o răspundere cu caracter sancţionator) cu răspunderea civilă (o răspundere cu caracter reparator) este similar cu cel dintre răspunderea penală şi răspunderea civilă.

4.2.1. Cazurile de răspundere directă (personală) a administratorului pentru săvârşirea unei fapte contravenţionale rezultă din următoarele trei categorii de situaţii:

a) când în lege nu se prevede expres că pentru săvârşirea contravenţiei răspunde şi persoana juridică sau când contravenţia este reglementată în acte normative de o putere inferioară legii;

Scanned with OKEN Scanner

b) când fapta contravenţională nu are nici o legătură cu funcţia administratorului, nefiind săvârşită "cu prilejul exercitării funcţiilor încredinţate";

c) cazuri prevăzute în legi speciale, cum ar fi:

➥ art. 112 din legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare şi bursele de valori dispune că, în cazul sancţionării persoanelor juridice, CNVM poate aplica sancţiuni cel mult egale prin gravitate şi administratorilor de drept sau de fapt ori profesioniştilor în intermedierea de valori mobiliare care fac parte din conducerea persoanei juridice sancţionate şi cărora le este imputabilă respectiva contravenţie pentru că, deşi puteau şi trebuiau să prevină săvârşirea ei, n-au făcut-o; alineatul al doilea al acestui articol dispune că persoanele fizice vizate pot fi obligate şi la ***repararea prejudiciului*** cauzat prin săvârşirea contravenţiei. O dispoziţie asemănătoare cu cea cuprinsă în art. 112 alin. 1 din Legea nr. 52/1994 o regăsim şi în art. 49 din O.G. nr. 24/1993.

➥ art. 33 alin. 3 din O.U.G. nr. 88/1997 privind privatizarea dispune că sancţiunile contravenţionale prevăzute la alin. 1 al art. 33, lit. a - f se aplică individual, printre alte persoane culpabile, administratorilor societăţilor care se privatizează sau ai societăţilor de valori mobiliare prin care societăţile de stat se privatizează.

➥ art. 11 alin. 2 din O.U.G. nr. 30/1997 pentru transformarea regiilor autonome în societăţi comerciale (M. Of. nr. 125/19.06.1997, aprobată şi modificată prin Legea nr. 207/1997, M.Of. nr. 336/18.12.1997) prevede sancţiuni contravenţionale (amenzi), aplicabile conducătorilor regiilor transformate (art. 11 lit. a) sau administratorului unic ori membrilor consiliului de administraţie al societăţii rezultate din transformare (art. 11 lit. b - d) aceste sancţiuni se aplică direct persoanelor fizice vizate şi nu regiei autonome sau societăţii.

Trebuie precizat că, întrucât răspunderea contravenţională este o răspundere cu caracter sancţionator, administratorii răspund contravenţional personal şi conjunct, şi nu solidar, chiar dacă ei fac parte dintr-un organ colegial de adminis-

Scanned with OKEN Scanner

trare[1]. Răspunderea contravenţională a membrilor consiliului de administraţie este o răspundere pentru participarea culpabilă a mai multor persoane la comiterea unei contravenţii asemănătoare cu participaţia penală.

Sancţiunile contravenţionale se aplică fiecărui participant la săvârşirea faptei, separat, potrivit principiului personalităţii răspunderii contravenţionale (art. 9 din Legea nr. 32/1968); regula potrivit căreia fiecare membru al consiliului de administraţie răspunde pentru întreaga activitate a consiliului de administraţie, solidar cu ceilalţi membri, nu-şi găseşte aplicarea întrucât răspunderea contravenţională nu e o răspundere solidară. Tot datorită principiului personalităţii răspunderii contravenţionale, membrii unui consiliu de administraţie nu au, în mod necesar, o răspundere egală[2], fiind posibilă individualizarea răspunderii în raport cu culpa fiecăruia, cu pregătirea ori cu gradul de participare la luarea deciziei ale acestora, de alte împrejurări care uşurează sau agravează răspunderea. Dacă în consiliul de administraţie sarcinile sunt compartimentate, fiecare membru având responsabilitatea unui sector de activitate ori dacă anumite sarcini sunt încredinţate unui funcţionar al societăţii şi în îndeplinirea acestor sarcini se săvârşeşte o contravenţie, fiecare administrator răspunde personal, separat, proporţional cu gradul de participare la săvârşirea faptei; ceilalţi administratori răspund doar dacă li se poate reproşa o culpă în supraveghere (e vorba de o răspundere civilă, de regres, faţă de societate).

Prin săvârşirea unei contravenţii este posibil să se producă o ***pagubă*** unui terţ; în acest caz, răspunderea contravenţională se cumulează cu răspunderea civilă. Dacă fapta contravenţională producătoare de prejudicii este săvârşită de administrator cu prilejul exercitării funcţiilor încredinţate, se angajează răspunderea civilă delictuală a societăţii pentru fapta proprie

---

[1] În acelaşi sens, AL. ŢICLEA, I.N. STAN, *op.cit.*, p. 46; V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, în Dreptul nr. 1/1996, p. 16.

[2] În acelaşi sens, AL. ŢICLEA, I.N. STAN, *op.cit.*, p. 46; V. PĂTULEA, *lucr.cit.*, în Dreptul nr. 1/1996, p. 16.

Scanned with OKEN Scanner

(art. 35 alin. 3 din Decretul nr. 31/1954); dar societatea, dacă a despăgubit victima, are regres contra administratorului pentru ceea ce a plătit. După cum s-a arătat, unele texte din legi speciale, cum ar fi art.112 alin.2 din Legea nr.52/1994 reglementează şi o ***răspundere civilă alăturată*** a administratorului, pe lângă societate, pentru prejudiciile cauzate terţilor prin contravenţie (ceea ce nu face decât să exemplifice, la cazul respectiv, regula din art. 35 alin. 4 din Decretul nr. 31/1954).

4.2.2. În cazul în care societatea este sancţionată contravenţional cu ***amendă***, ea are ***regres*** contra administratorilor culpabili pentru recuperarea sumelor astfel plătite.

Dacă, însă, prin sancţiunea contravenţională aplicată societatea are de suferit şi alte prejudicii decât amenda, societatea are o acţiune în daune contra administratorilor pentru acoperirea acestui prejudiciu. Astfel, sancţiunile contravenţionale pot consta şi în: retragerea autorizaţiei de funcţionare, închiderea contului bancar, retragerea licenţei de import, dizolvarea judiciară, etc. sancţiuni care pot duce la paralizarea activităţii societăţii sau la desfiinţarea sa. Pe de altă parte, sancţiunea contravenţională aplicată societăţii poate însemna şi o reducere drastică a credibilităţii sale pe piaţă (prejudiciu de imagine) ceea ce poate atrage rapid falimentul societăţii. Spre exemplu, o bancă comercială, căreia Banca Naţională a României i-a retras dreptul de a atrage resurse financiare de pe piaţă (de la populaţie, agenţi economici sau celelalte bănci comerciale) ca sancţiune contravenţională pentru modul defectuos în care şi-a administrat activitatea, va avea mari dificultăţi de a se redresa, dacă nu cumva acest lucru este imposibil. Acest prejudiciu, pe care îl suferă societatea, asociaţii ori creditorii sociali trebuie suportat de administratorii, de drept sau de fapt, care au provocat prejudiciul prin faptele lor ilicite.

Scanned with OKEN Scanner

Lucrarea nu este concepută cu pretenția unei tratări exhaustive a problematicii obligațiilor și răspunderii administratorilor societăților comerciale. Este, însă, o încercare de clarificare a regimului juridic aferent, de precizare a obligațiilor (unele generice, altele specifice unor tipuri de societăți, cum sunt băncile, SVM-urile, societățile de investiții) și răspunderilor, de eliminare a unor confuzii (cum ar fi confuzia între membrii în Consiliul de Administrație și membrii în A.G.A. societăților „de stat") și interpretări greșite ale legii etc., toate acestea având la bază o exegeză și o critică a legislației noastre, a unor soluții jurisprudențiale românești sau străine, făcând dese comparații cu legislația franceză, anglo-americană și, uneori, germană. Ideea a fost ca, în măsura în care este posibil, această lucrare să constribuie, ca o sursă de informații monografică, la o mai bună înțelegere și aplicare practică a regimului juridic analizat.

J

ISBN 973-9435-04-1

Scanned with OKEN Scanner